

GRUNDSÄTZE ÜBER FEHLERHAFTE GESELLSCHAFTSVERHÄLTNISSE

- Ein Beitrag zur Differenzierung
fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse
nach Nichtigkeitsgründen sowie nach
der Beziehung der Vertragsparteien
zu dem Gesellschaftsunternehmen -

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität in Marburg/Lahn

vorgelegt von

Hans-Adolf Plutta

Rechtsanwalt aus Schweidnitz

Marburg/Lahn 1975

Druck: Mauersberger, Marburg/L.

GRUNDSÄTZE ÜBER FEHLERHAFTE GESELLSCHAFTSVERHÄLTNISSE

- Ein Beitrag zur Differenzierung
fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse
nach Nichtigkeitsgründen sowie nach
der Beziehung der Vertragsparteien
zu dem Gesellschaftsunternehmen -

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität in Marburg/Lahn

vorgelegt von

Hans-Adolf Plutta

Rechtsanwalt aus Schweidnitz

Marburg/Lahn 1975

Druck: Mauersberger, Marburg/L.



Referent : Professor Dr. Hans Georg Leser

Korreferent : Professor Dr. Hans- Wilhelm Kötter

Tag der mündlichen Prüfung : 8. Dezember 1975

I N H A L T

EINLEITUNG	1
------------------	---

E R S T E R T E I L

<u>Begründungen für Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse</u>	3
A. Begründung für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch die Lehre von der faktischen Gesellschaft	5
B. Begründungen für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	5
I. Der Ansatz bei dem Dauerschuldcharakter des Gesellschaftsverhältnisses	5
II. Die Lehre vom gesteigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse	8
III. Die Begründung von LARENZ	13
C. Eigene Begründung für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch die Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse - Der Ansatz beim Zweck des Gesellschaftsvertrags	15

Z W E I T E R T E I L

<u>Vorgehensweisen zur Entwicklung von Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse</u>	18
A. Die Vorgehensweise der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	18
B. Die Vorgehensweise zur Entwicklung der Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse	22
I. Die Einteilung in Fallgruppen	22
1. Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen	23

2. Differenzierung je nach der Beziehung der Vertragsparteien zu dem Unternehmen bei Vertragsschluß	25
Einteilung in Gründungs- und Beitrittsfälle	29
II. Kriterien zur Entwicklung der Rechtsfolgen	30

D R I T T E R T E I L

<u>Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse</u>	32
A. <u>Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung</u>	32
Vorbemerkung : Die beiden Tatbestände des § 123 BGB ...	32
Der Tatbestand der arglistigen Täuschung	36
I. Bestandsaufnahme	36
Einteilung in vier Problembereiche	36
1. Rechtsprechung	36
2. Literatur	39
II. Eigene Lösung	50
1. Das Regelungsziel des § 123 BGB	50
2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems	51
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse	53
1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer getäuscht	53
2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden getäuscht	64
Gründungsfall	70
<u>Zusammenfassung</u> der Grundsätze über die wegen arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse	76
B. <u>Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach § 123 BGB wegen rechtswidriger Drohung</u>	83

I. Bestandsaufnahme	83
1. Rechtsprechung	83
2. Literatur	83
II. Eigene Lösung	84
1. Das Regelungsziel des § 123 BGB	84
2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems	84
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen rechtswidriger Drohung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse	87
1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer bedroht	87
2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden bedroht	93
Gründungsfall	96
<u>Zusammenfassung</u> der Grundsätze über die wegen rechtswidriger Drohung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse	98
C. <u>Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen sittenwidriger Übervorteilung einer Vertragspartei</u> (<u>§ 138 BGB</u>)	103
I. Bestandsaufnahme	103
1. Rechtsprechung	103
2. Literatur	104
II. Eigene Lösung	104
1. Das Regelungsziel des § 138 BGB	104
2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems	105
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen sittenwidriger Übervorteilung einer Vertragspartei fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse .	105
D. <u>Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)</u>	106
I. Bestandsaufnahme	106
1. Rechtsprechung	106

2. Literatur	107
II. Eigene Lösung	108
1. Das Regelungsziel des § 134 BGB - Die Behandlung der gewerberechtlichen Verbotsgesetze	108
2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems	113
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse .	114
a) Der Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung	115
b) Der Fall der möglichen Unternehmensfortführung	117
Beitrittsfall	117
Gründungsfall	118
<u>Zusammenfassung</u> der Grundsätze über die wegen Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse .	120

A N H A N G

<u>Entscheidungen zum Problem fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse</u>	123
A. Wiedergabe unveröffentlichter Entscheidungen	123
B. Zusammenstellung der Entscheidungen zum Problem fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse (Stand: 1.März 1975)	132
L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s	140

E I N L E I T U N G

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der rechtlichen Behandlung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse bei der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Eine Durchsicht von Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage ergibt :

1. Die heute üblichen Begründungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft für Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse - nämlich die Lehre vom Dauerschuldcharakter der Gesellschaftsverhältnisse und die damit verwandte Lehre vom gesteigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse - bedürfen der Ergänzung, da sie nicht in der Lage sind, die Rechtsfolgen im einzelnen zu erklären, welche Inhalt der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft sind.

Eine solche Ergänzung kann erreicht werden durch eine Begründung, die auf den Zweck des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses, den Betrieb eines Handelsgewerbes, abstellt (Erster Teil der Arbeit).

2. Die heute gebräuchliche Vorgehensweise zur Entwicklung von Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse ist zu starr, um in jedem Fall sachgerechte Ergebnisse zu ermöglichen. Denn sie umfaßt nur zwei Fallgruppen, nämlich entweder die Gruppe derjenigen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse, welche als "fehlerhafte Gesellschaft" zu behandeln sind, oder die Gruppe derjenigen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse, welche nicht als "fehlerhafte Gesellschaft" zu behandeln sind. Mit dieser Zweiteilung kann man naturgemäß dem einzelnen Fall nicht gerecht werden.

Eine angemessene Verfeinerung der Rechtsfolgen kann durch eine Differenzierung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse erstens nach dem Fehlergrund und zweitens nach der Beziehung der Vertragsparteien zu dem

U n t e r n e h m e n erreicht werden (Zweiter Teil der Arbeit).

3. Die bisher entwickelten Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse (Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft) sind infolge der soeben genannten Schwächen von Begründung und Vorgehensweise sehr lückenhaft und zum Teil unzutreffend sowie vor allen Dingen nicht genügend nachvollziehbar und vor-ausberechenbar.

Im dritten Teil der Arbeit soll daher ein Rechts-folgensystem (Grundsätze über fehlerhafte Gesell-schaftsverhältnisse) entwickelt werden, welches diese Mängel vermeidet.

Im Anhang der Arbeit findet sich die vollständige Zusammenstellung der Entscheidungen - insgesamt 82 - zu der Problematik fehlerhafter Gesellschaftsverhält-nisse (Stand 1. März 1975), wobei auch mehrere bisher unveröffentlichte Urteile wiedergegeben sind.

ERSTER TEIL : Begründungen für Rechtsfolgen fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse

Bei einem - wie im einzelnen auch immer gestalteten - Rechtsfolgensystem für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse kann es sich nur um ein Abwicklungssystem handeln.¹⁾ Unter Abwicklung ist die nach Beendigung eines fehlgeschlagenen Vertragsverhältnisses erfolgende Ausgleichung der Leistungen zu verstehen.²⁾

Daß es sich um ein Abwicklungssystem handelt, ergibt sich aus folgendem :

Die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts³⁾ und des Bundesgerichtshofs⁴⁾ zu fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen betrafen Fälle, in denen zu entscheiden war, ob ein fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis allein nach Anfechtung (beziehungsweise infolge Nichtigkeit) abgewickelt werden kann oder ob zur Abwicklung eine Auflösungsklage erforderlich ist. Mit der Entscheidung für die Erforderlichkeit einer Auflösungsklage⁵⁾ entstand das Problem, in welcher Weise das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis in der Übergangszeit (also nicht für unbegrenzte Zeit !) als Provisorium zu behandeln sei. Wenn Rechtsprechung und Lehre im Laufe der Entwicklung Regeln für die Gestaltung dieses Provisoriums gefunden haben, welche denen für fehlerlos begründete Gesellschaften weitgehend ähnlich sind, so ändert dies nichts daran, daß das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis nach Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils abzuwickeln ist, diese Regeln also nichts weiter sind als Abwicklungsregeln.

1) Ebenso LARENZ, Schuldrecht BT, S.312; ERMAN S.56 ff.; REINHARDT Nr.238; WESTERMANN Nr.764; KESSLER § 705, 116; SCHULTZE=V.LASAUX § 705,91,120; ENNECCERUS-LEHMANN § 176 III 3; BROX S.231 ff.,269; SCHMIDT-RIMPLER AcP 155,162; BECKMANN S.153.

Die Kritik von W.O.BAUER S.142 hieran geht fehl, da BAUER selbst allein eine Auseinandersetzung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses anstrebt, die nichts anderes ist als die der Gesellschaft angemessene Art der Abwicklung. Dasselbe läßt sich gegen die Kritik von SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.57 ff. sagen, denn S.56 sagt SIEBERT : "...daß Mängel bei der vertraglichen Begründung grundsätzlich nur zur fristlosen Aufhebung dieses Dauerrechtsverhältnisses führen, also zur Beendigung ex nunc mit anschließender Abwicklung."

2) Vgl. auch S.

3) RGZ 165,193.

4) BGHZ 3,285.

5) Vgl. RGZ 165,193 und BGHZ 3,285.

Auch die rechtsdogmatische Betrachtung läßt kein anderes Ergebnis zu. Der Begriff der N i c h t i g - k e i t beinhaltet, daß die von den Vertragsparteien gewollten Wirkungen rechtlich gesehen nicht eintreten. Ein bereits vollzogener nichtiger Vertrag ist abzuwickeln. Eine Außerachtlassung dieses, unser gesamtes Rechtssystem durchziehenden Auftrags kommt nicht in Frage. Hingegen sprechen keine grundlegenden Gesichtspunkte gegen eine U m g e s t a l t u n g der für den Normalfall vorgesehenen A r t u n d W e i s e der Abwicklung. Es läßt sich also zwar nicht rechtfertigen, trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags auf eine Abwicklung gänzlich zu verzichten; hingegen läßt sich gegen die Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems (§§ 812 ff., 985 ff., 677 ff., 741 ff. BGB) durch ein angemesseneres grundsätzlich nichts einwenden, wenn diese Ersetzung überzeugend begründet werden kann.

Bevor Begründungen hierfür behandelt werden, ist noch eine Vorbemerkung erforderlich. Das Bedürfnis danach, in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse nicht nach allgemeinem Abwicklungsrecht zu behandeln, wurde ausgelöst durch praktische Schwierigkeiten, die bei der Anwendung des allgemeinen Rechts auftraten.¹⁾ Solche praktischen Schwierigkeiten können für sich allein nicht Grund für die Ausschaltung von Rechtsvorschriften sein.²⁾ Sie sind lediglich ein Hinweis darauf, daß eine Norm für einen bestimmten Sachverhalt unangemessen ist. Ob diese Norm durch eine geeignetere ersetzt werden darf, entscheidet sich nach anderen Gesichtspunkten. Es kommt noch hinzu, daß die Erkenntnis, eine Norm sei unangemessen, lediglich eine negative Schlußfolgerung ermöglicht, jedoch keinen konstruktiven Hinweis gibt. Aus diesen Gründen stellt die Berufung auf praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung allgemeiner Abwicklungsregeln auf fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse zwar das zur Suche nach einer angemessenen Regelung a u s l ö s e n d e M o - m e n t dar, beinhaltet aber nicht bereits eine B e - g r ü n d u n g für eine solche Regelung.

1) Vgl. etwa RGZ 165,193,205 f.; RG DR 1941,1943; RULAND S.4 ff.; HUECK S.79 ff.; REINHARDT Nr.238.

2) Ebenso SIMITIS S.215,245; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.41 f.; ders. BB 1958,1066; a.A. W.O. BAUER S.142.

A. Begründung für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch die Lehre von der faktischen Gesellschaft

Nach der Lehre von der faktischen Gesellschaft ist der Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen nicht der einzige Verpflichtungsgrund, sondern es können Rechtsbeziehungen auch durch tatsächliche Betätigung begründet werden.¹⁾ Diese Lehre hat in der Entwicklung eines Rechtsfolgensystems für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse eine bedeutsame Rolle gespielt. Denn mit ihrem Eintreten für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems hat sie der Rechtsprechung die ersten Schritte ins juristische Neuland erleichtert. Im Verlaufe der Entwicklung ist diese Lehre jedoch zu Recht als ungenügend abgelehnt worden,²⁾ da sie zwei wesentliche Mängel aufweist. Zum ersten wendet sie Gesellschaftsrecht auch auf eine Zusammenarbeit an, die nicht auf einem durch Willenserklärungen geschlossenen Vertrag beruht. Das hängt mit der zweiten Schwäche dieser Lehre zusammen. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft mißachtet nämlich den Grundsatz unserer Rechtsordnung, daß vertragliche Beziehungen allein durch Willenserklärungen entstehen können. Wegen dieser Mängel hat diese Lehre sich nicht durchsetzen können.

B. Begründungen³⁾ für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

I. Der Ansatz bei dem Dauerschuldcharakter des Gesellschaftsverhältnisses

Eine beträchtliche Anzahl von Autoren hat den

-
- 1) Vgl. HAUPT, Über fakt. Vertragsverhältnisse; ders. ZAKDR 1943, 238; SCHUMANN, Gesellschaften, S. 27 ff.; ders. DR 1943, 265 ff., 1193 ff.; HABSCHEID BB 1955, 50; SIMITIS S. 107 ff.; ähnl. NIKISCH, F Schr. f. Dölle, Bd. I S. 79.
2) Vgl. ERMANN S. 51; BROX S. 214 ff.; LEHMANN NJW 1958, 1; FISCHER § 105, 74; NIPPERDEY MDR 1957, 129.
3) Die von einigen (GESSLER § 105, 62a; KESSLER § 705, 116; BIDDERNANN S. 90; BODE S. 24) als Begründung im Sinne einer theoretischen Fundierung verstandene Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen ist in Wahrheit keine Begründung, sondern eine Vorgehensweise.

Versuch unternommen, die Abwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse nach Gesellschaftsrecht aus der Natur des Gesellschaftsverhältnisses als eines Dauerschuldverhältnisses abzuleiten.¹⁾

Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung der Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände den Austauschvertrag, insbesondere den Kaufvertrag, vor Augen gehabt habe. Daher habe er bei der Anordnung der Unwirksamkeit mit ex-tunc-Wirkung erstens nicht das Interesse Dritter an der Beständigkeit des Rechtsverhältnisses berücksichtigt; zweitens habe er nicht die praktisch unlösbaren Schwierigkeiten in Rechnung gestellt, welche die Rückabwicklung eines Dauerrechtsverhältnisses nach allgemeinem Recht bereiten.²⁾ Hieraus folge, daß für die Abwicklung fehlerhafter Dauerrechtsverhältnisse die allgemeine gesetzliche Regelung über die Rückabwicklung unangemessen sei. Dies gelte auch für in Vollzug gesetzte Handelsgesellschaften. Aus dieser Erkenntnis wird entweder der Schluß gezogen, daß die allgemeine gesetzliche Abwicklungsregelung im Wege einer Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen zu korrigieren sei³⁾, oder es wird eine Gesetzeslücke angenommen, die grundsätzlich unter Anwendung von Gesellschaftsrecht zu schließen sei.⁴⁾

Dieser Lehre ist zuzugeben, daß sie durch den Vergleich zahlreicher verschiedener Dauerrechtsverhältnisse den Blick auf ein allen diesen Rechtsverhältnissen gemeinsames Problem - die Unangemessenheit der all-

1) Vgl. BEITZKE, Nichtigkeit; BROX S.218 ff.; BUSS, Diss.; CHRISTODOULOU, Diss. S.35; DITTENEY, Diss.; FISCHER § 105,78; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,91; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.40,49.

2) A.A.: WOLFF MDR 1952,536.

3) Vgl. ERMAN S.53,68 ff.; ders. § 705,7; HUECK S.88 ff.(so bereits ders. in AcP 149,1 ff.); REINHARDT Nr.237 (so bereits HAUPT-REINHARDT S.75); FISCHER § 105,78; GESSLER § 105,62a; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,91; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.47 ff.; KESSLER § 705,116; LEHMANN NJW 1958,3; LOBEDANZ S.53 ff.,226 ff.; RULAND S.74 ff.; SIMITIS S.245; W.O.BAUER S.94 ff.,145 ff.

4) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S.410; BECKMANN S.33 ff.; BROX S.231 ff.,269; L.RAISER, Vertragsfunktion, S.125: "Schweigen des Gesetzgebers"; SCHMIDT-RIMPLER AcP 155,162; DITTENEY S.106. ESSER, Schuldrecht BT, S.302, versucht, beide Gesichtspunkte miteinander zu verknüpfen.

gemeinen Abwicklungsregelung - gelenkt und damit den Weg zu einer allen Dauerrechtsverhältnissen gemeinsamen Lösung eröffnet hat. Insbesondere hat sie erreicht, daß für eine Abwicklung mit Wirkung ex nunc eine plausible Erklärung gefunden wurde.

Gerade dadurch aber, daß sie ein vielen verschiedenen Vertragstypen gemeinsames Element in den Vordergrund stellt, vermag diese Lehre nicht auf die Besonderheiten der einzelnen Vertragstypen einzugehen. Hierin liegt eine wesentliche Schwäche dieser Begründung. Bezogen auf fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse wirkt sich diese Schwäche so aus, daß zwar begründet werden kann, warum eine Abwicklung nach allgemeinem Recht grundsätzlich ausscheidet, nicht jedoch, aus welchem Grund statt dessen die Abwicklung gerade nach G e s e l l - s c h a f t s recht geschehen soll.¹⁾ Dies folgt nicht aus der D a u e r natur der Gesellschaft; an der entscheidenden Stelle versagt dieser Ansatz also. Dies liegt darin begründet, daß er eine nur nebensächliche Eigenschaft des Gesellschaftsverhältnisses in den Mittelpunkt stellt. Die Dauer hat das Gesellschaftsverhältnis mit vielen anderen Vertragstypen g e m e i n - s a m. Sie ist nicht typisch für die Gesellschaft. Die Betonung der Dauer vernachlässigt die wesentliche Besonderheit der Gesellschaft, die diese von anderen Schuldverhältnissen t r e n n t : den Gesellschaftszweck.²⁾

Kann diese Lehre schon nicht die grundsätzliche Entscheidung für eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht erklären, so vermag sie erst recht nichts zur Gestaltung des Abwicklungssystems in seinen Einzelheiten beizutragen. So läßt sich mit dem Hinweis auf die Dauer zum Beispiel nicht erklären, wieso der betrogene und der betrügerische Gesamthänder in der Abwicklung grundsätzlich gleich behandelt werden.³⁾

1) Ebenso POMMERENING S.45.

2) Vgl. dazu unten 1.Teil, C.

3) Vgl. dazu unten 3.Teil, A.

Die Berufung auf den Dauercharakter der Gesellschaft ist also nicht ausreichend, um die Begründung für ein Rechtsfolgensystem über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse zu geben.

II. Die Lehre vom gesteigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse

Eine Weiterentwicklung¹⁾ der Begründung aus der Dauer- natur der Gesellschaft ist die Lehre SIEBERTS²⁾ vom ge- steigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse.³⁾ SIEBERT geht davon aus, daß Dauerrechtsverhältnisse, insbesondere das Gesellschaftsverhältnis, bezüglich von Mängeln in der Durchführung des Vertrags von Rechtspre- chung und Lehre in mehrfacher Hinsicht aus dem allge- meinen Schuldvertragsrecht herausgenommen seien. So würden wesentliche Bestimmungen des allgemeinen Schuld- rechts über Unmöglichkeit, Verzug und sonstige Lei- stungsstörungen auf die Gesellschaft nicht angewandt; auch passe die Einrede des nicht erfüllten Vertrags weithin für den Gesellschaftsvertrag nicht. An die Stelle des Rücktrittsrechts trete, wenn die Gesell- schafter ihre Tätigkeit aufgenommen haben, das Recht auf fristlose Kündigung des Gesellschaftsvertrags be- ziehungsweise das Recht auf gerichtliche Auflösung der Gesellschaft. Maßgebender Grund für den Ausschluß des Rücktrittsrechts sei der Gesichtspunkt des Bestands- schutzes. Allerdings erfordere erst das realisierte Dauerschuldverhältnis den Bestandsschutz für die werte- schaffende Arbeitsgemeinschaft der Gesellschafter; denn im Grundsatz beruhe auch die Behandlung fehlerhafter Dauerrechtsverhältnisse auf dem rechtsökonomischen Ge- danken, Geschaffenes und Bestehendes zu schützen.

Zwischen derjenigen Gesellschaft, die an Mängeln in ihrer Durchführung leidet und derjenigen Gesellschaft, die an Mängeln ihrer Begründung leidet, bestehe eine

-
- 1) Vgl. SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.53: "...die Funktion der Dauer, die den Bestandsschutz nach sich zieht."; vgl. auch S.49 ff.a.a.O. sowie DITTENEY S.105.
2) Vgl. SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.40 ff.; ders. BB 1958, 1066.
3) Ähnlich auch BEITZKE S.15 ff.; DITTENEY S.105; BAUMBACH-DUDEN § 105, 8 B; MÜLLER-ERZBACH AcP 154, 321; SIMITIS S. S.232, 245; STIMPEL ZGR 1973, 101; vgl. auch BGHZ 55, 5, 8.

durchaus rechtsähnliche Situation. Denn in beiden Fällen sei eine in Vollzug gesetzte Gesellschaft vorhanden, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers einen erheblichen Bestandsschutz genießen solle. Ebenso wie die Rücktrittsvorschriften mit ihrer Rückwirkung nicht auf vollzogene Gesellschaftsverhältnisse paßten, so paßten die Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB nicht auf in Vollzug gesetzte Gesellschaften. Diese Ähnlichkeit rechtfertige es in rechtssystematischer Hinsicht, die Grundsätze der Rechtsordnung über den Ausschluß des Rücktritts bei Dauerrechtsverhältnissen und seine Ersetzung durch eine Kündigung aus wichtigem Grund analog bei Mängeln in der Begründung der Gesellschaft anzuwenden. Bei in Vollzug gesetzten Gesellschaften bleibe also trotz fehlerhafter Vertragsgrundlage das Gesellschaftsverhältnis mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten grundsätzlich bis zu seiner Auflösung voll wirksam.¹⁾

Zu dieser Lehre ist wegen ihrer Verwandtschaft mit der Lehre von der Dauernatur der Gesellschaft zunächst dasjenige zu sagen, was hierzu soeben ausgeführt wurde.²⁾

Zusätzlich sind zu der Lehre vom gesteigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse drei Anmerkungen zu machen. Zur Verdeutlichung dieser Anmerkungen ist auf die Zwiefältigkeit des Bestandsschutzes hinzuweisen. Einerseits - und dies steht bei SIEBERT im Vordergrund³⁾ - kann man die Gesellschaft selbst für bestandswürdig halten. Andererseits dürfte unzweifelhaft das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen in seinem Bestand schützenswert sein, sei es als Lebensgrundlage für die dort beschäftigten Arbeitnehmer und für die Gesellschafter, sei es als gesamtwirtschaftlicher Wert oder als Zugriffsobjekt für die Gläubiger der Gesellschaft.⁴⁾

1) Vgl. SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.50 ff.

2) Kritisch zur Lehre SIEBERTs auch GESSLER § 105,62a.

3) Vgl. SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.40 ff., wo er seinen Ansatz beim Unternehmen aufgibt, den er in DRW 1936,204,227 ff. entworfen und noch in MDR 1952,290 vertreten hatte.

4) Darin zeigt sich, daß wenigstens für OHG und KG FLUME nicht beizupflichten ist, der in ZHR 1972,193 die Auffassung vertritt, daß das Gesamthandsvermögen nichts anderes sei als die Summe der einzelnen Vermögensgegenstände der Gesamthand als Gruppe.

1. Anmerkung : Es trifft nicht zu, daß das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis in seinem Bestand schützenswert ist. Es läßt sich nämlich kein vernünftiger Grund dafür finden, daß etwa der B e t r ü g e r sich dem Betrogenen gegenüber auf sein "Vertrauen" in die Beständigkeit des Zusammenschlusses berufen dürfte. Das Vertrauen des B e t r o g e n e n auf die Beständigkeit des Zusammenschlusses dürfte zwar vorgelegen haben und ist auch schützenswert; jedoch hat der Betrogene durch die Berufung auf den Vertragsfehler zum Ausdruck gebracht, daß er auf den Bestand der Gesamthand keinen Wert mehr legt. Ein Vertrauen D r i t t e r auf die Beständigkeit des fehlerhaften Zusammenschlusses schließlich ist nicht anzuerkennen; es wird hinreichend durch die Regeln über die Scheinhandelsgesellschaft geschützt, welche schon vor den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft anerkannt waren.¹⁾ Endlich erfordert der Bestandsschutz für das U n t e r n e h m e n nicht die Beständigkeit des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses. Denn dem Unternehmensbestand ist mehr gedient, wenn möglichst schnell die Unternehmensleitung der zerstrittenen Gesamthand aus der Hand genommen und in die Hand einer oder mehrerer der Vertragsparteien gegeben wird, das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis also aufgehoben wird.

Die angebliche Bestandswürdigkeit des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses läßt sich auch nicht dem Gesetz entnehmen. Der von SIEBERT zum Beleg der Bestandswürdigkeit in erster Linie angeführte Ausschluß des Rücktritts von vollzogenen Gesellschaftsverträgen ist gerade außerhalb des Gesetzes von der Rechtsprechung entwickelt worden.²⁾ Die vermeintliche Bestandswürdigkeit läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß bei Gesellschaftsverträgen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausgeschlossen ist. Denn dieser Ausschluß gilt nur für mehrgliedrige Gesellschaften, nicht für zweigliedrige³⁾; da aber mehrgliedrige Gesellschaften nicht bestandswürdiger sind als zweigliedrige, hat der Ausschluß der Einrede des nicht erfüllten Vertrags nichts mit der angeblichen Be-

1) Vgl. RGZ 142,98; RGZ 145,155.

2) Vgl. RGZ 78,303,305; ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts; BGH WM 1967,419,420.

3) Vgl. HUECK S.55 mit weiteren Nachweisen.

standswürdigkeit von Gesellschaften zu tun.

2. Anmerkung : Die Analyse der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und ihrer Rechtsfolgen ergibt, daß diese Lehre dem fehlerhaften Gesellschaftsverhältnis gar keinen gesteigerten Bestandsschutz zu Teil werden läßt, sondern im Gegenteil seine Auflösung erleichtert. Denn das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis kann nach dieser Lehre mit Hilfe eines Auflösungsurteils aufgelöst werden, für das nicht die strengen Voraussetzungen des § 133 HGB erforderlich sind, sondern das schon aufgrund der Tatsache des Vertragsfehlers ergeht.¹⁾ Ein Bestandsschutz des Gesellschaftsverhältnisses würde erreicht werden, wenn man mit dem Reichsgericht als Voraussetzung für ein Auflösungsurteil einen wichtigen Grund im Sinne des § 133 HGB verlangte.²⁾ Diese Rechtsprechung ist vom Bundesgerichtshof aber nicht fortgesetzt worden,³⁾ und die Literatur ist dem Bundesgerichtshof in dieser Frage gefolgt.⁴⁾

Daß die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht auf dem Gedanken des Bestandsschutzes beruht, zeigt sich auch an folgendem. Nach einhelliger Ansicht⁵⁾ greifen die Rechtsfolgen dieser Lehre nach Invollzugsetzung des fehlerhaften Gesellschaftsvertrags ein, also unter Umständen schon wenige Tage nach Vertragsschluß.⁶⁾ Nach solch kurzer Zeit wird aber in der Regel "das gemeinsame Tätigwerden der Gesellschafter ... eine ihre rechtlichen Beziehungen festigende Wirkung"⁷⁾ noch nicht entfaltet haben. Auf diese Fälle dürften also in Konsequenz der SIEBERTschen Auffassung die Rechtssätze über die fehlerhafte Gesellschaft (noch) nicht angewendet werden.

1) Vgl. die Nachweise unten S.42 N.7.

2) Vgl. RGZ 165,193,206; RG DR 1941,1944; RG DR 1943, 1223.

3) Vgl. BGHZ 3,285,290; ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

4) Vgl. die Nachweise unten S.42 N.7.

5) Vgl. FISCHER § 105,85 mit weiteren Nachweisen.

6) Vgl. LG Berlin NJW 1951,281 (15 Wochen); BGH v.11.11. 1953 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.2 - (sechs Tage); BGH BB 1954,456 (sechs Wochen); BGH NJW 1972,1466 (zwölf Wochen); BGH WM 1974,318 (ein Monat).

7) SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.53.

Entsprechendes gilt für die vielen Fälle, in denen zu der Zeit der richterlichen Entscheidung das Gesellschaftsverhältnis schon aus anderem Grund aufgehoben war.¹⁾ Auch hier hätten bei konsequenter Anwendung des SIEBERTschen Ansatzes die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nicht (mehr) angewendet werden dürfen, da ein Bestandsschutz für das Gesellschaftsverhältnis nicht mehr in Frage kam.

3. Anmerkung : Bezieht man die Forderung nach Bestandsschutz auf das U n t e r n e h m e n, so ergibt sich, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft in dieser Hinsicht Wünsche offen lassen. Denn diese Grundsätze sehen für den Regelfall vor, daß das Gesellschaftsverhältnis durch Urteil analog § 133 HGB aufgelöst wird, ohne daß eine Entscheidung über die zukünftige Inhaberschaft bezüglich des Unternehmens getroffen wird. Dies hat zur Folge, daß das Unternehmen bei der Liquidation des Gesellschaftsverhältnisses zerschlagen wird, wenn sich die Vertragsparteien nicht über die Fortführung des Unternehmens durch einen oder mehrere von ihnen einigen oder es den Liquidatoren nicht gelingt, das Unternehmen als Ganzes zu veräußern.²⁾

Diesem Mangel kann abgeholfen werden durch ein Abwicklungssystem, welches die Auflösungsklage als den Ausnahmefall vorsieht, indem es die Übernahme des Unternehmens durch eine oder mehrere der Vertragsparteien ermöglicht. Zur Auswahl des zur Übernahme Berufenen ist darauf abzustellen, welche der Vertragsparteien schon vor Vertragsschluß Unternehmensinhaber war, beziehungsweise, bei Gesellschaftsverträgen über die Gründung eines Unternehmens, welche der Vertragsparteien eine Klage analog §§ 140, 142 HGB mit Erfolg führen kann.³⁾

Zusammenfassend läßt sich zu der SIEBERTschen Lehre

1) Vgl. etwa BGHZ 8,157; BGHZ 10,44; BGH BB 1954,456; BGHZ 13,320; BGHZ 17,160; OLG Frankfurt v.17.3.1959 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.4 - BGHZ 38,26; BGH WM 1967,229; BGHZ 47,293; OLG Köln BB 1970,1460; BGH NJW 1971,375.

2) Vgl. hierzu SANDROCK JR 1969,324.

3) Vgl. hierzu unten 2.Teil, B I 2 und B II 2.

vom gesteigerten Bestandsschutz für Gesellschaftsverhältnisse also sagen, daß der Gesichtspunkt der Bestandswürdigkeit für Gesellschaftsverhältnisse eine befriedigende Erklärung für ein Rechtsfolgensystem für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse nicht bietet. Hingegen verdient der Gedanke der Bestandswürdigkeit des Unternehmens Beachtung bei der Ausgestaltung eines solchen Rechtsfolgensystems.

III. Die Begründung von LARENZ

Nach LARENZ kann die Begründung für die Abwicklung eines rechtsungültigen, aber tatsächlich betätigten Gesellschaftsverhältnisses nach den Regeln des Gesellschaftsrechts nur darin gefunden werden, daß die sonst unvermeidliche Abwicklung nach Bereicherungsrecht der Sachlage unangemessen sei.¹⁾ Die Abwicklung nach Bereicherungsrecht sei unangemessen, weil die Bereicherungsvorschriften davon ausgingen, daß der eine auf Kosten eines anderen bereichert sei. Beim gegenseitigen Vertrag führe das zur Saldierung, wenn beide Teile Leistungenerbracht hätten. Bei der Gesellschaft sei dies nicht möglich, weil sie kein gegenseitiger Vertrag sei; die Leistung des einen komme nicht unmittelbar dem anderen zugute. Da die Bereicherungsvorschriften keine geeignete rechtliche Grundlage für die Abwicklung darstellten, bedürfe es zur Abwicklung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse einer Sonderregelung, die das Gesetz vermissen lasse. Diese Gesetzeslücke sei in der Weise auszufüllen, daß für den Zweck der Abwicklung in gewissem Umfang unterstellt werde, daß ein gültiges Gesellschaftsverhältnis bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit bestanden habe.²⁾ Die Gültigkeit dürfe nur insoweit unterstellt werden, wie dies demjenigen zugute komme, den die Gesetzesnorm schützen wolle.

Die LARENZsche Begründung zielt in die richtige Richtung, wenn sie die Unangemessenheit der Abwicklung nach

1) Vgl. LARENZ, Schuldrecht BT, S. 312 f.; ähnlich FLUME, AT, S. 101.

2) Ähnlich POMMERENING S. 42, 44.

Bereicherungsrecht aus der Besonderheit der Leistungen beim Gesellschaftsverhältnis erklärt.¹⁾

Die Kritik, die an der LARENZschen Begründung geübt wird,²⁾³⁾ bezieht sich nicht auf deren zutreffenden Ansatz, sondern auf die von LARENZ angedeutete Schlußfolgerung, daß die Gültigkeit nur insoweit unterstellt werden dürfe, wie dies demjenigen zugute komme, den die Gesetzesnorm schützen wolle. Da dieser Schluß aus dem Ansatz nicht zwingend hervorgeht, kann die Kritik im vorliegenden Zusammenhang, bei dem es auf den Ansatz von LARENZ ankommt, unbeachtet bleiben.

Kann die an LARENZ' Begründung geübte Kritik unbeachtet bleiben, so ist LARENZ doch nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Mit dem Hinweis auf die Besonderheit der Leistung bei der Gesellschaft hat LARENZ zwar die Unangemessenheit einer Anwendung des Bereicherungsrechts auf fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse aus der Natur der Gesellschaft zu erklären unternommen. Die besondere Natur der Gesellschaft als eines auf einen gemeinsamen **Z w e c k** (den Betrieb eines Handelsgewerbes) gerichteten Vertrags läßt jedoch auch LARENZ unberücksichtigt. Dies hat notwendig zur Folge, daß auch bei ihm der wesentliche Schritt von der Ablehnung der allgemeinen Abwicklungsregeln zur Befürwortung von gesellschaftsrechtlichen Abwicklungsregeln und deren

1) Teilweise zustimmend auch BERNSTORFF S.26.

2) Vgl. FISCHER § 105,90; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,89; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.57 ff.; BODE S.21; W.O.BAUER S.142.

RÖDIG vertritt die Auffassung, vermöge der Beachtung des Abstraktionsprinzips könne allein mit Hilfe des Bereicherungsrechts eine angemessene Lösung der Problematik fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse erzielt werden (S.54 ff.). RÖDIG übersieht, daß das Abstraktionsprinzip voraussetzt, daß Vertragsparteien existieren. Eine Eigentumsübertragung von A auf B ist zwar unabhängig von dem schuldrechtlichen Vertrag zwischen A und B, setzt jedoch die Existenz von A und B voraus. Bei unwirksamem Gesellschaftsvertrag sind jedoch nicht nur schuldrechtliche Verpflichtungen nicht entstanden, sondern ist auch ein Rechtssubjekt (B-OHG) als Partei des dinglichen Vertrags nicht vorhanden.

3) Bedauerlicherweise ist eine Auseinandersetzung mit den Gegenstimmen von seiten LARENZ' bisher unterblieben.

Ausgestaltung im einzelnen unvermittelt bleibt.¹⁾

C. Eigene Begründung für eine Ersetzung des allgemeinen Abwicklungssystems durch Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse - Der Ansatz beim Zweck des Gesellschaftsvertrags

Regeln über die rechtliche Behandlung fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse sind nichts anderes als ein den besonderen Verhältnissen der Gesellschaft angepaßtes Abwicklungssystem.²⁾

Der Grund für die Notwendigkeit einer anderen Art der Abwicklung erschließt sich bei einem Vergleich des Gesellschaftsvertrags mit dem einfachen Austauschvertrag, für welchen die Abwicklungsregeln insbesondere des Bereicherungsrechts typischerweise geschaffen sind.³⁾ Der Gesellschaftsvertrag unterscheidet sich von diesem normalen Austauschvertrag insbesondere dadurch, daß er zur Verfolgung eines **Zwecks** geschlossen wird, welcher bei Handelsgesellschaften im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht.⁴⁾⁵⁾ Die Leistungen der Gesellschafter werden zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks zur Verfügung gestellt. Die Leistungen der OHG (KG) - Gesellschafter sind also dazu bestimmt, ein Unternehmen zu betreiben, in diesem Unternehmen aufzugehen. Mit Erfüllung der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen durch die Gesellschafter entsteht also notwendig etwas von ihren Leistungen Verschiedenes : das **U n t e r n e h m e n**. In dem Unternehmen sind die einzelnen Leistungen nicht mehr zu unterscheiden. Beispielsweise läßt sich der Geschäftsführung des Gesellschafters A in einem bestimmten

1) Kritisch hierzu auch SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.57.

2) Vgl. oben S.3.

3) Vgl. BROX S.217 f.

4) Der Ansatz beim Zweck des Gesellschaftsvertrags findet sich auch schon bei SIEBERT DRW 1936,227 ff.(vgl.dazu oben S.9 N.3);BETTI S.260;HAUPT-REINHARDT S.72 f.; BROX S.228 f., ohne daß dieser Gesichtspunkt bisher systematisch fruchtbar gemacht wurde.Der Versuch von SIEBERT a.a.O. ist nicht zuletzt wegen des ideologischen Ballastes in dem Aufsatz gescheitert.

5) Zu dem verwandten Ansatz einer Verselbständigung des Unternehmens als juristische Person vgl. TH. RAISER.

Zeitraum nicht ein bestimmter Teil des Unternehmens, etwa eine Maschine, zuordnen. Daraus folgt, daß eine Rückgängigmachung der Leistungen nicht durch eine Umkehrung der Leistungsrichtung möglich ist, wie dies aber von den allgemeinen Abwicklungsregeln vorausgesetzt wird. Vielmehr ist eine Verteilung des gemeinsam Geschaffenen erforderlich.

Der Gesetzgeber hat dieser Besonderheit der Gesellschaft dadurch Rechnung getragen, daß er für den Fall der Auflösung der Gesellschaft und für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters adäquate Abwicklungsformen geschaffen hat, in denen nicht versucht wird, die Leistungen rückgängig zu machen, sondern in denen die Anteile der Gesellschafter an der Entstehung des Unternehmens einer Verteilung zugrunde gelegt werden beziehungsweise das Unternehmen als Ganzes den verbleibenden Gesellschaftern unter Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters zugesprochen wird.

Das von den Vertragspartei eines fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses betriebene Unternehmen unterscheidet sich nicht von dem Unternehmen einer intakten Gesellschaft. In beiden Fällen sind von den betroffenen Personen Einlagen in Form von Sachwerten, Geld, Dienstleistungen, Patenten usw. erbracht worden und zweckgemäß zu einem neuen Gegenstand, dem Unternehmen, geworden. Das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis über ein Unternehmen ist daher genauso abzuwickeln¹⁾ wie das gültige Gesellschaftsverhältnis über ein Unternehmen.²⁾ Aus diesem Grund ist die Abwicklung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses nach Gesellschaftsrecht die sachgerechte Lösung³⁾, die im Wege der

1) Unter Abwicklung nach Gesellschaftsrecht ist hier jede mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen konforme Lösung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses zu verstehen, also außer der Liquidation auch die sogenannte liquidationslose Auflösung und die Ausschließung.

2) Die Gleichbehandlung in der Abwicklung setzt also voraus, daß ein Unternehmen schon besteht.

3) Vgl. HUECK S.92.

Lückenfüllung¹⁾ an die Stelle einer grundsätzlich unangemessenen tritt.²⁾

Um eine Abwicklung nach den gesellschaftsrechtlichen Abwicklungsregeln rechtlich zu ermöglichen, ist es erforderlich, das fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis bis zum Beginn der Abwicklung einem gültigen auf der Basis des Gesellschaftsvertrags gleichzustellen, also insbesondere die Entstehung von Gesamthandsvermögen zu bejahen. Denn die gesellschaftsrechtlichen Abwicklungsregeln setzen ihrerseits Gesamthandsvermögen voraus.

Die Begründung von Grundsätzen über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse aus dem Zweck der Gesellschaft, dem Unternehmen, vermag nicht allein eine Rechtfertigung dafür zu geben, allgemeine Abwicklungsregeln nicht anzuwenden, sondern als einzige Begründung auch zu erklären, wieso statt dessen gerade *Gesellschaftsrecht* anzuwenden ist.

Diese Begründung muß sich im folgenden als praktikabel für die Ausgestaltung des Abwicklungssystems in seinen Einzelheiten erweisen. Dabei wird sich zeigen, daß insbesondere die angemessene Betonung des Gedankens, daß bestimmender Faktor für den Zusammenschluß der Gesellschafter das Unternehmen ist, sich in mehrfacher Hinsicht als fruchtbar erweist.³⁾

1) Zu den Befürwortern einer Lückenfüllung vgl. oben S. 6 N.4.

2) Eine Grenze findet die Lückenfüllung dort, wo sich aus der Nichtigkeitsvorschrift ergibt, daß sich die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht verbietet, vgl. § 2 Abs.1 HypBG; § 5 GUKG.

3) Vgl.

- die Differenzierung nach der Beziehung der Vertragsparteien zu dem Unternehmen (Einteilung in Gründungs- und Beitrittsfälle) - unten S.25 ff., 53 ff., 87 ff., 117 f.
- die unterschiedliche Behandlung von Täuschungs- und Drohungstatbestand - unten S.32 ff., 84 ff.
- die Rechtfertigung einer Abwicklung nach *Gesellschaftsrecht* im Fall des Verstos- ses gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz - unten S.108 ff.
- die Ermöglichung des Bestandsschutzes für das Unternehmen - unten S.26, 30 (Kriterium 2a), 59, 91, 95, 117.

Z W E I T E R T E I L : Vorgehensweisen zur Entwick- lung von Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschafts- verhältnisse

A. Die Vorgehensweise der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft¹⁾ ordnet nicht allen fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen die gleichen Rechtsfolgen zu, sondern teilt sämtliche fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in zwei Gruppen ein, für welche Gruppen sie zwei unterschiedliche Rechtsfolgensysteme bereithält. Die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse der einen Gruppe werden "fehlerhafte Gesellschaften" genannt; die Abwicklung dieser "fehlerhaften Gesellschaften" soll grundsätzlich nach Gesellschaftsrecht geschehen. Die fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse der anderen Gruppe haben keinen besonderen Namen; ihre Abwicklung soll grundsätzlich nach allgemeinem Recht geschehen.

Zur Einteilung sämtlicher fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in diese beiden Gruppen bedient sich diese Lehre der Formel, welche erstmals vom Bundesgerichtshof in BGHZ 3,285,288 verwendet worden ist. Nach dieser Formel bildet ein fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis im Normalfall eine "fehlerhafte Gesellschaft"; eine "fehlerhafte Gesellschaft" liegt nur dann nicht vor, wenn "die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder besonders schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde."

1) Grundlegend BGH v. 11.4.1951 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.1 -; BGHZ 3,285; seitdem ständige Rechtsprechung; FISCHER § 105,68 ff.; GESSLER § 105,62 ff.; SIEBERT, Fakt., Vertragsverhältnisse, S.40 ff.; KÖTTER S.323 ff.; KESSLER § 705,81 ff.; SCHULTZE=V.LASAULX § 705,80 ff.; WESTERMANN Nr. 750 ff. Weitere Nachweise unten S.

Diese Formel wird dadurch mit Inhalt angefüllt, daß man sämtliche in Frage kommenden Nichtigkeitsvorschriften an ihr mißt.¹⁾ Dies hat zur Folge, daß die Einteilung der fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in die beiden Gruppen an Hand von Nichtigkeitsvorschriften geschieht. Dies entspricht der Erkenntnis, daß nicht alle Vertragsfehler die gleichen Rechtsfolgen nach sich ziehen können.²⁾ Insbesondere ist bewußt geworden, daß es bei der Abwicklung nach allgemeinem Recht bleiben muß, wenn besonders gewichtige Nichtigkeitsvorschriften betroffen sind. Damit hat diese Lehre einen ersten Schritt zur Verfeinerung der Rechtsfolgen durch Differenzierung nach Nichtigkeitsvorschriften getan.³⁾

Zu dem Verfahren der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist kritisch anzumerken, daß eine Einteilung allein in zwei Gruppen nicht genügt, um eine hinreichende Verfeinerung der Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse zu erreichen. Dies wird daran deutlich, daß solch unterschiedliche Fälle wie die fehlerhafte Beteiligung Minderjähriger und der Verstoß gegen die guten Sitten einerseits sowie der Verstoß gegen eine gesetzliche Formvorschrift und die arglistige Täuschung andererseits gleich behandelt werden. Diese Lehre vernachlässigt also die Eigenart der betreffenden Nichtigkeitsvorschriften. Eine Gesetzesergänzung muß sich aber an dem gesetzgeberischen Willen orientieren, der gerade in den einzelnen Nichtigkeitstatbeständen zum Ausdruck kommt und von Tatbestand zu Tatbestand verschieden ist. Eine einheitliche Rechtsfolge für zahlreiche unterschiedliche Fehlergründe führt daher notwendig zu Spannungen. Diese Spannungen versucht die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dadurch zu mildern, daß sie im

-
- 1) Zu dem interessanten Versuch, die Formel des Bundesgerichtshofs d i r e k t auf den konkreten Tatbestand anzuwenden, vgl. OLG Köln BB 1970, 1460.
 - 2) So bereits BOESEBECK DR 1943, 1223; HUECK AcP 149, 1 ff.; ERMAN S. 63 ff.; HAUPT-REINHARDT S. 75.
 - 3) Vgl. hierzu unten S. 40 und zusätzlich zu den dort N. 2 Genannten BOESEBECK DR 1943, 1223 und BENKE JZ 1952, 307.

Anschluß an die Einordnung eines fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses in eine der beiden Gruppen

A u s n a h m e n von der generellen Rechtsfolge der betreffenden Gruppe zuläßt.¹⁾ Dieses Verfahren ist in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend.

1. Zum einen ruft es systematische Bedenken hervor.
Der Regel-Ausnahme-Mechanismus offenbart nämlich, daß zu Unrecht fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse mit unterschiedlichen Vertragsfehlern gleich behandelt werden. Die gewaltsam uniformierten Nichtigkeitssfälle beginnen sozusagen ihr "Eigenleben" wieder zu führen.
2. Ferner bestehen Einwände praktischer Natur gegen dieses Verfahren. Den Korrekturmöglichkeiten ist nämlich eine enge Grenze dadurch gesetzt, daß solche Korrekturen nicht die Grundlagen des Rechtsinstituts "fehlerhafte Gesellschaft" verlassen dürfen, ohne das Rechtsinstitut selbst in Frage zu stellen.

Als Beispiele hierfür können die wenig überzeugenden Ergebnisse der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft für die Vertragsfehler "offener Dissens"²⁾ und "fehlerhafte Beteiligung Minderjähriger"³⁾ dienen. An diesen Vorschlägen zeigt sich deutlich, daß die durch den institutionellen Rahmen gezogenen Grenzen für Korrekturen einer sachgerechten Lösung im Wege stehen.

-
- 1) Vgl. etwa die zahlreichen Einschränkungen für Fälle der §§ 123, 138 BGB, welche FISCHER § 105, 90, 93, 102, 106 machen muß.
 - 2) Die befriedigende Lösung des Bundesgerichtshofs in NJW 1960, 430 - bei offenem Dissens bleibt grundsätzlich nur die Alternative zwischen einer fehlerfreien Gesellschaft oder einem vertragslosen Zustand, hingegen ist ein fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis nicht möglich - ist bezeichnenderweise nicht auf der Grundlage der hier kritisierten Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entstanden.
 - 3) Vgl. einerseits etwa FISCHER § 105, 99 f. (kritisch hierzu KÖTTER S. 326) und BGHZ 17, 160 sowie andererseits etwa GESSLER § 105, 62k und GANSSMÜLLER DB 1955, 260; NJW 1955, 1067 und OLG Frankfurt v. 17.3. 1959 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr. 4.

3. Die Analyse der von der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entwickelten Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse ergibt eine sehr lückenhafte¹⁾ und kaum überschaubare²⁾ Häufung von Grundsätzen einerseits und Spezialaussagen andererseits. Es fehlt hingegen ein - gerade für die Praxis wünschenswertes - möglichst umfassendes System von solchen Teilergebnissen, die sich sämtlich aus einem einheitlichen Ausgangspunkt herleiten lassen, so daß diese Teilergebnisse überschaubar sind und Lücken durch Zurückgreifen auf den Ausgangspunkt organisch gefüllt werden können.

Dieser Mangel liegt in erster Linie darin begründet, daß die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zunächst um die unterschiedlichsten Fehlergründe ein künstlich vereinheitlichendes Band legt und anschließend von Fall zu Fall lediglich unter Billigkeitsge-

-
- 1) Die von FISCHER § 105,90,93,102,106 und NJW 1958,971 ff. versuchte Erfassung der Problematik der gemäß §§ 123,138 BGB fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse wird von den meisten Autoren damit umgangen, daß ganz allgemein gesagt wird, die von dem Fehler betroffenen Vertragsbestimmungen seien durch die angemessenen zu ersetzen, vgl. dazu unten S.
- 2) Ein Beispiel bietet die Einordnung des Vertragsfehlers "Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage" in Literatur und Rechtsprechung. Bei FISCHER § 105,83 findet sich dieser Tatbestand im Zusammenhang mit denjenigen Nichtigkeitsfällen, die bei dem Abschluß von Gesellschaftsverträgen in Betracht kommen. Bei GESSLER § 105,62m hingegen ist dieser Tatbestand überraschenderweise unter "Ausnahmefälle" nach denjenigen Nichtigkeitsvorschriften zu finden, die eine "fehlerhafte Gesellschaft" nicht begründen. KESSLER § 705,130 verfährt ebenso. SCHULTZE=V.LASAUX § 705,97 behandelt diesen Vertragsfehler unter dem Titel "Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft" zusammen mit solchen Fehlern, die eine Sonderbehandlung nach sich ziehen. Ein einheitlicher Gesichtspunkt ist also nicht zu erkennen. Die Rechtsprechung ist in sich widersprüchlich. Nach BGHZ 10,44 sollen die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar sein; von OLG Köln BB 1971,1211; OLG Bremen NJW 1972,1952 und BGH NJW 1973,92; NJW 1974, 498 ist dieser Satz stillschweigend außer acht gelassen worden.

sichtspunkten prüft, ob eine Ausnahme angemessen erscheint. Daraus resultiert die Gefahr, daß die auf den einzelnen Fall zugeschnittene Billigkeitsentscheidung verallgemeinert wird.¹⁾

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die herkömmliche Vorgehensweise mit ihrer Einteilung sämtlicher fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in zwei Gruppen einen ersten Schritt zur Verfeinerung der Rechtsfolgen getan hat. Jedoch ist sie über diesen ersten Schritt nicht hinausgekommen, da sie an Stelle einer weiteren Differenzierung das starre Rechtsinstitut "fehlerhafte Gesellschaft" gebildet hat. Dies hat zur Folge, daß ihr eine weitere Verfeinerung der Rechtsfolgen nicht gelungen ist.

B. Die Vorgehensweise zur Entwicklung der Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse

I. Der Versuch einer Differenzierung der zahlreichen möglichen Gestaltungen fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse zum Zweck der Verfeinerung der Rechtsfolgen hat mehrere Gesichtspunkte zu beachten.

Eine gute Möglichkeit bietet die Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen, welche von der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft noch nicht genügend ausgeschöpft ist. Diese Lehre läßt bei ihrer Einteilung in zwei Gruppen außer acht, daß die Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen auch geeignet ist, innerhalb einer jeden Gruppe eine weitere Verfeinerung der Rechtsfolgen im einzelnen zu erreichen.²⁾ Mit dieser Differenzierung

1) So die - inzwischen vom Bundesgerichtshof stillschweigend korrigierte, vgl. BGH NJW 1973, 1406 und BGH NJW 1974, 318 - Entscheidung BGHZ 26, 330, die von HUECK S. 88 N.4; FISCHER § 105, 90; REINHARDT Nr. 251; BAUMBACH-DUDEN § 105, 8 und ESSER, Schuldrecht BT, S. 303 (m.E. zu Unrecht) zur Grundlage einer allgemeinen Aussage über ein Leistungsverweigerungsrecht des Getäuschten gemacht wurde.

2) Ansätze hierzu finden sich bei BECKMANN, Diss.; POMMERENING, Diss.; SASSE, Diss. Zur Kritik an diesen Arbeiten vgl. unten S. 39 f. und S. 40 N. 4.

kann erreicht werden, für j e d e n Nichtigkeitsgrund gerade auf i h n zugeschnittene Rechtsfolgen zu entwickeln. An Stelle von zwei Gruppen von Rechtsfolgen entstehen damit so viele Rechtsfolgengruppen, wie es Nichtigkeitstatbestände gibt.

Die Erfassung der vielen unterschiedlichen Gestaltungen fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse kann nicht allein mit Hilfe einer Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen gelingen. Vielmehr spielen auch noch a n d e r e Gesichtspunkte eine Rolle, welche für die konkrete Entscheidung maßgebend sind. Hierzu gehört insbesondere die Beziehung der Vertragsparteien zu dem Gesellschaftsunternehmen bei Vertragsschluß.¹⁾ Die Einbeziehung dieses Gesichtspunktes hat eine weitere Differenzierung der fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse zur Folge.²⁾

Hieraus ergibt sich, daß sämtliche fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse nach zwei Gesichtspunkten in Fallgruppen einzuteilen sind, und zwar zum einen nach Nichtigkeitsvorschriften und zum anderen nach der Beziehung der Vertragsparteien bei Vertragsschluß zu dem Unternehmen.

Die Berechtigung zu dieser zweifachen Differenzierung ergibt sich aus folgendem.

1. Für die Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen sprechen insbesondere zwei Gründe.
 - a) Zum ersten stellen die Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse eine Gesetzesergänzung dar, die methodisch bedingte Grenzen

-
- 1) Ein weiterer nicht unwesentlicher Gesichtspunkt, der im Einzelfall eine Rolle spielen kann, ist der Einfluß der Vertragsparteien auf die Entwicklung des Unternehmens. Vgl. hierzu unten S. 26 N. 2, S. 67 und S. 94.
Es mögen im Einzelfall weitere Einflüsse bedeutsam sein. Hier geht es darum, die beiden gewichtigsten Gesichtspunkte herauszustellen.
 - 2) Dieser Gesichtspunkt wurde noch nicht fruchtbar gemacht; SIEBERT DRW 1936, 204, 227 ff. und ders., F Schr. f. Hedemann S. 266 ff. hat seinen Ansatz beim Unternehmen nicht in dieser Richtung weiter verfolgt.

beachten muß. Die Gesetzesergänzung geht davon aus, daß der Wille des Gesetzgebers mit Hilfe der von ihm geschaffenen Abwicklungsnormen im Bereich des Gesellschaftsrechts nicht direkt verwirklicht werden kann. Um dem Willen des Gesetzgebers gleichwohl Geltung zu verschaffen, werden die gesetzlichen Abwicklungsregeln in Richtung auf eine taugliche Regelung ergänzt. Der einzige Anhalt für den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers findet sich in den einzelnen Nichtigkeitsnormen.¹⁾ Insbesondere läßt sich aus ihnen folgende wesentliche Frage beantworten : Verfolgt der Gesetzgeber mit der Nichtigkeitsanordnung nur das Ziel, eine Rückabwicklung überhaupt einzuleiten (gleichgültig in welcher konkreten Form dies geschieht²⁾), oder soll zugleich mit der Anordnung der Nichtigkeit eine bestimmte Form der Rückabwicklung bindend vorgeschrieben werden³⁾?

- b) Zum zweiten muß das neue Rechtsinstrument der Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse sich wie jedes andere im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung halten.⁴⁾ Es findet also dort seine Grenzen, wo es Gefahr läuft, der allgemeinen Rechtsordnung zuwiderlaufende Ergebnisse zu erzeugen. Ob Grundsätze der allgemeinen Rechtsordnung tangiert werden, läßt sich aber gerade an Hand der Nichtigkeitsvorschriften feststellen, da sich in ihnen häufig übergeordnete Rechtsprinzipien niedergeschlagen haben. Ebenso ergibt sich aus der Nichtigkeitsvorschrift, ob wirklich eine Gesetzeslücke

1) Ebenso BECKMANN S.86.

2) Dann würde eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht angebracht sein, weil sie die sachgerechtere sein würde, vgl. 1. Teil, C.

3) Dann müßte es bei der Abwicklung nach allgemeinem Recht bleiben.

Die Sonderfälle des § 817 S.2 BGB scheiden bei dieser Wertung aus.

4) Siehe FISCHER NJW 1958,969, der diesen Gedanken im Hinblick auf den Fall des § 134 BGB geäußert hat.

vorliegt. Fehlt eine Gesetzeslücke, so muß es bei der Abwicklung nach allgemeinem Recht bleiben. So kann zum Beispiel bei einer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 2 Abs.1 HypBG in Verbindung mit § 134 BGB die Abwicklung nicht nach Gesellschaftsrecht geschehen, weil der Gesetzgeber die Rückabwicklung nach allgemeinem Recht gerade für den Fall angeordnet hat, daß ein G e s e l l s c h a f t s v e r t r a g nichtig ist.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß es angemessen ist, der Entwicklung von Grundsätzen über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse eine Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen zugrunde zu legen.¹⁾

2. Für die weitere Differenzierung je nach der Beziehung der Vertragsparteien zu dem Unternehmen bei Vertrags-schluß spricht folgendes.

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen Gesellschaftsverträgen zum Zweck der G r ü n d u n g eines Unternehmens (Gründungsfälle) einerseits und Gesellschaftsverträgen bei schon b e s t e h e n d e m Unternehmen (Beitrittsfälle) andererseits;²⁾ für die Beitrittsfälle besteht in diesem Zusammenhang kein Unterschied, ob der neue Teilhaber in eine Gesellschaft eintritt oder von einem Einzelkaufmann aufgenommen wird. Diese Unterscheidung nach Gründungsfällen und Beitrittsfällen erweist sich als fruchtbar zur Beantwortung der Frage, was bei der Abwicklung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses mit dem U n t e r n e h m e n

-
- 1) Der Weg einer Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen hat sich auch schon bei anderen Problemen des Abwicklungsrechts bewährt, vgl. LESER S.77 ff.; PAWLOWSKI S.48 ff.
 - 2) Der Fall der Unternehmensvereinigung (vgl. hierzu BGH NJW 1960,430) wird aus systematischen Gründen ausgeklammert. Aus demselben Grund werden die Fälle von Änderungen des Gesellschaftsvertrags bei g l e i c h b l e i b e n d e m Gesellschafterbestand (vgl. hierzu etwa BGH NJW 1974,498,501), des fehlerhaften A u s s c h e i d e n s (vgl. hierzu BGH WM 1969,791; BGH WM 1955,1702 sowie DÄUBLER BB 1966,1292; GURSKY, Diss.; REINHARDT Nr. 255 und ders. JZ 1956,252) und der fehlerhaften A u f l ö s u n g (vgl. hierzu REINHARDT Nr.254 und STEINES, Diss.) nicht behandelt.

geschehen soll.¹⁾ Denn aus Gründen des Bestandsschutzes für das Unternehmen ist die Abwicklung so zu gestalten, daß das Unternehmen nach Möglichkeit von einer Zerschlagung verschont bleibt.

- a) Zu diesem Zweck ist es erforderlich, bei Beiträtsfällen grundsätzlich²⁾ dem früheren Inhaber, dem "Altunternehmer", das Unternehmen wieder in die Hand zu geben. Denn wenn man die Erhaltung des Unternehmens verfolgt³⁾ und wenn die gemeinsame

1) Diese Unterscheidung trifft dem Inhalt nach jetzt auch der Bundesgerichtshof in NJW 1973, 1604, wenn er das Recht des Betroffenen zur fristlosen Kündigung von dem Recht des Betroffenen zur Erhebung der Auflösungsklage (BGHZ 26, 330) danach abgrenzt, daß im ersten Fall der neue Mitinhaber getäuscht wurde (Beitrittsfall), während im zweiten Fall einer der Mitbegründer des Unternehmens getäuscht wurde (Gründungsfall). Der Senat spricht allerdings fälschlich noch von der Gründung der Gesellschaft, obwohl es auf die Gründung des Unternehmens ankommt; denn eine Gesellschaft wird auch gegründet, wenn ein Einzelkaufmann einen Teilhaber aufnimmt, ohne daß ein Gründungsfall vorläge. In der Literatur werden ausdrücklich Gründungs- und Beitrittsfälle gleich behandelt, vgl. etwa FISCHER § 105, 84; GESSLER § 105, 62n; KÖTTER S. 328; WEIPERT § 130, 18; KESSLER § 705, 122; SCHULTZE-V. LASAULX § 705, 96; REINHARDT Nr. 253; LEHMANN-DIETZ S. 134; GANSSMÜLLER NJW 1956, 698. In Verkennung der Realität (vgl. unten S. 36 N. 3) werden der Gründungsfall als der Normalfall und die Beitrittsfälle als Ausnahmefälle behandelt.

2) Ausnahmen sind denkbar, etwa bei langjähriger alleiniger oder wesentlicher Unternehmensleitung oder bei erheblicher Unternehmenserweiterung durch den neuen Teilhaber, vgl. hierzu oben S. 23 N. 1 und unten S. 67 und S. 94.

3) Vgl. BERNSTORFF S. 154, welcher unter Berufung auf das italienische Recht darauf hinweist, daß es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unsinnig wäre, bei fehlerhaftem Beitritt das Unternehmen zu zerstören.

Inhaberschaft durch sämtliche Vertragsparteien gescheitert ist, dann bleibt nur die Wahl zwischen dem Altunternehmer und dem neuen Teilhaber als zukünftigem Unternehmensinhaber. Dabei wird in der Regel die Wahl auf den früheren Inhaber fallen, da das Unternehmen bis zum Zeitpunkt des fehlgeschlagenen Vertragsschlusses ihm gehörte und allein die Tatsache dieses Vertragsschlusses hieran nichts ändern konnte.

Für die Art und Weise der Abwicklung im einzelnen ist es von Bedeutung, welche der Vertragsparteien, der alte oder der neue Mitinhaber, zum Kreis der durch die Nichtigkeitsvorschrift geschützten Personen gehört.¹⁾

- b) Schwieriger ist die Zuordnung des Unternehmens bei den **G r ü n d u n g s** fällen. Hier wird man die Fortführung durch einen der Mitinhaber davon abhängig machen, ob er im Fall der Abwicklung nach Gesellschaftsrecht eine Klage analog §§ 140, 142 HGB mit Erfolg betreiben kann; bei der Beurteilung dieser Frage ist es von wesentlicher Bedeutung, ob der Klagende zum Kreis der durch die Nichtigkeitsvorschrift geschützten Personen gehört. Ist die Abwicklung nach allgemeinem Recht vorzunehmen oder bezweckt die Nichtigkeitsnorm nicht den Schutz einzelner Vertragsparteien, so ist die Zuordnung des Unternehmens zu einer Vertragspartei danach vorzunehmen, welche Bedeutung die Beteiligung der einzelnen Vertragspartei nach dem Gesellschaftsvertrag hat.

1) Der Fall, daß es außer dem "Verletzer" (etwa dem Betrüger) und dem "Geschützten" (etwa dem Betrogenen) auch noch "neutrale" Gesellschafter gibt (die im Beispielsfall weder betrogen worden sind noch den Betrug zu verantworten haben), bleibt aus systematischen Gründen außerhalb dieser Untersuchung.

Ein Beispiel möge das soeben Dargelegte verdeutlichen. Vorausgesetzt ist, daß bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrags eine arglistige Täuschung (§ 123 BGB) geschehen ist.

Ist ein Beitrittsfall zu beurteilen, so ist zu unterscheiden, ob der Altunternehmer oder ob der neue Teilhaber getäuscht worden ist.¹⁾

Hat ein Einzelkaufmann oder eine Gesellschaft zur Erweiterung des Unternehmens, zur Verwertung eines Patents oder aus sonstigen Gründen einen (nur scheinbar) finanzkräftigen Teilhaber oder den (angeblichen) Inhaber eines Patents oder einen sonstigen Betrüger aufgenommen, so wird der Altunternehmer nach Aufdeckung des Betrugs ein berechtigtes Interesse besitzen, statt der Auflösungsklage eine Übernahme- beziehungsweise Ausschußklage antreten zu können.²⁾ Ferner wird er versuchen, dem Betrüger rasch eventuell eingeräumte Leitungsbefugnisse über "sein" Unternehmen wieder zu entziehen. Auch in diesem Interesse verdient er den Schutz der Rechtsordnung.

Anders ist die Situation in dem umgekehrten Fall, daß ein finanzkräftiger Anleger durch gefälschte Geschäftspapiere dazu verleitet wird, sich mit seinem Kapital an einem notleidenden Unternehmen zu beteiligen. Er wird sogleich nach Entdeckung der gefährlichen Situation versuchen, möglichst schnell seine Einlage wieder aus dem Unternehmen zu ziehen³⁾ beziehungsweise die Zahlung der noch nicht geleisteten Einlage zu verweigern. Hierin verdient er grundsätzlich Unterstützung durch die Rechtsordnung.

1) Vgl. oben S.27 N.1.

2) Ebenso FISCHER § 105,93.

3) Ebenso FISCHER § 105,102.

In beiden Beispielen handelt es sich um denselben Nichtigkeitsgrund, beide Male um Beitrittsfälle und doch würde es nicht gerechtfertigt sein, für beide Beispiele dieselben Rechtsfolgen auszusprechen. Nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft werden aber beide nicht unterschieden; diese Lehre stellt lediglich fest, daß in beiden Beispielsfällen eine "fehlerhafte Gesellschaft" entstanden ist, so daß für beide Beispielsfälle auch dieselben Rechtsfolgen gelten sollen.

Wieder anders ist die Interessenlage bei den Gründungsfällen. Hat ein Gründer den anderen arglistig getäuscht, so wird man dem Betrogenen die Möglichkeit eröffnen müssen, wahlweise den Weg der Auflösungsklage (§ 133 HGB analog) oder den Weg der Ausschluß- beziehungsweise Übernahmeklage (§§ 140, 142 HGB analog) zu beschreiten.

An diesen Beispielen wird deutlich, daß es erforderlich ist, im Anschluß an eine Differenzierung nach Nichtigkeitstatbeständen eine weitere Differenzierung in drei Gruppen vorzunehmen, und zwar in

- G r ü n d u n g s f ä l l e ,
- B e i t r i t t s f ä l l e , in denen der Altunternehmer zum geschützten Personenkreis gehört und
- B e i t r i t t s f ä l l e , in denen der neue Teilhaber zum geschützten Personenkreis gehört.¹⁾

Mit Hilfe der zweifachen Differenzierung lassen sich sämtliche fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in Fallgruppen einteilen, die bestimmt sind durch eine Nichtigkeitsvorschrift und durch die Beziehung der Vertragsparteien zu dem Unternehmen bei Vertragsschluß. Jeder einzelnen Fallgruppe ist ein ihr eigenes Rechtssystem zugeordnet. Diese Rechtssysteme sollen im 3. Teil der Arbeit in Form von Grundsätzen

1) Für Nichtigkeitsvorschriften, die nicht eine der Vertragsparteien schützen sollen (etwa § 134 BGB) ist die Unterscheidung innerhalb der Beitrittsfälle überflüssig.

über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse entwickelt werden.¹⁾

- II. Die (formale) Einteilung in Fallgruppen erhält ihren Wert durch die Aufstellung von Kriterien, die es ermöglichen, bei der Entwicklung der Rechtsfolgen für jede Gruppe die Eigenart jeder Fallgruppe (inhaltlich) zu berücksichtigen.

Da jede Fallgruppe durch Differenzierung nach Nichtigkeitstatbeständen und durch Differenzierung nach der Unternehmensbeziehung gebildet wird, ergeben sich auch zwei Arten von Kriterien zur Entwicklung der Rechtsfolgen für jede einzelne Fallgruppe.

1. Aus der Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen folgt, daß sich die entsprechenden Kriterien für jede Nichtigkeitsnorm verschieden darstellen müssen. Es ist das Regelungsziel der einzelnen Nichtigkeitsnorm daraufhin zu untersuchen,
 - a) ob sich aus ihm die Notwendigkeit ergibt, daß die Abwicklung gerade in der Form des allgemeinen Rechts vorzunehmen ist, sich also eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht verbietet;
 - b) ob sich Richtlinien für den Inhalt eines Abwicklungssystems in seinen Einzelheiten aus ihm ableiten lassen.
2. Aus der Differenzierung nach der Unternehmensbeziehung ergeben sich folgende Kriterien.
 - a) Das Unternehmen ist nach Möglichkeit zu erhalten.
 - b) Im Fall eines Gründungsvertrags soll grundsätzlich der durch die Nichtigkeitsvorschrift geschützte Gründer wahlweise den Weg der Auflösungsklage oder den Weg der Übernahme- bezie-

1) Aus Raumgründen ist eine Beschränkung auf die praktisch bedeutsamen und systematisch ergiebigen Fälle von fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen wegen arglistiger Täuschung (3. Teil, A), rechtswidriger Drohung (3. Teil, B), sittenwidriger Übervorteilung (3. Teil, C) und Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz (3. Teil, D) erforderlich.

hungsweise Ausschußklage beschreiten können. Dies kann aber dann nicht gelten, wenn die Nichtigkeitsvorschrift nicht den Schutz einer Vertragspartei bezweckt und ferner dann nicht, wenn die Abwicklung nach allgemeinem Recht vorzunehmen ist und also der Weg über §§ 140, 142 HGB ausscheidet. Dann ist also die Zuordnung des Unternehmens zu einer der Vertragsparteien danach vorzunehmen, welche Bedeutung die Beteiligung der einzelnen Vertragsparteien nach dem Gesellschaftsvertrag besitzt.

- c) Bei den Beitrittsfällen soll der alte Unternehmensinhaber grundsätzlich auch zukünftig wieder Inhaber werden. Der neue Teilhaber kann ausnahmsweise Unternehmensinhaber werden, indem er die Klage nach §§ 140, 142 HGB erfolgreich betreibt. Der besondere Schutz des durch die Nichtigkeitsvorschrift Geschützten wird dadurch gewährleistet, daß ihm die Möglichkeit der wirksamen Sicherung seiner Einlage eröffnet wird.

D R I T T E R T E I L : Grundsätze über fehlerhafte
Gesellschaftsverhältnisse

A. Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach § 123 BGB
wegen arglistiger Täuschung

Vorbemerkung : Die beiden Tatbestände des § 123 BGB

Ein gemäß § 123 BGB fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis bildet nach fast¹⁾ allgemeiner Ansicht eine "fehlerhafte Gesellschaft"²⁾, und zwar sowohl im Fall der arglistigen Täuschung als auch im Fall der rechtswidrigen Drohung.³⁾ Beide Tatbestände des § 123 BGB lösen also nach dieser Auffassung dieselbe Rechtsfolge aus. Es soll im folgenden gezeigt werden, daß diese Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist.

§ 123 BGB dient dem Schutz der Willensfreiheit bei Vertragsschluß, indem diese Vorschrift dem Betroffenen die Möglichkeit gibt, sich von der in Unfreiheit des Willens abgegebenen Erklärung loszusagen und vermöge §§ 812 ff. BGB das bereits Geleistete zurückzufordern. Die Willensfreiheit kann in zweifacher Weise beeinträchtigt sein.

Einmal ist es möglich, daß die Freiheit der Willensbildung (etwa infolge falscher Information oder durch Unreife) nicht gewährleistet ist.

Zum zweiten kann es sein, daß die Betätigung des Willens (etwa infolge einer Bedrohung), also die Abgabe der Willenserklärung, nicht gewollt ist. In diesem Fall ist die Willensfreiheit auch dann verletzt, wenn die Willensbildung in Freiheit geschehen ist.

In beiden Fällen gibt der Erklärende (Handelnde) eine Erklärung ab, deren Folge er nicht gewollt hat. Im ersten Fall handelt er, weil er die Folgen nicht

1) A.A.: DIITENEY S.126.

2) Vgl. die S.36 N.3 Genannten.

3) Vgl. für alle FISCHER § 105,102; HUECK S.95; GESSLER § 106,62i; REINHARDT Nr.251; BENKE JZ 1952,308. Für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Tatbestände tritt HÖLTZCKE S.179 f. ein.

abgesehen hat, im zweiten Fall, obwohl er die ungewollten Folgen vor Augen hatte; im ersten Fall handelt er mangels besseren Wissens, im zweiten Fall wider besseres Wissen.

Der Gesetzgeber behandelt im allgemeinen beide Fälle der Willensunfreiheit gleich. Immerhin ergeben sich doch im einzelnen Nuancen. So ist etwa die Strafdrohung des § 253 StGB empfindlicher als die des § 263 StGB. Wichtiger noch dürfte die Unterscheidung im Hinblick auf § 935 BGB sein.¹⁾

Geben diese Verschiedenartigkeiten nur eine allgemeine Richtung an, so müssen im Gesellschaftsrecht die beiden Fälle des § 123 BGB aus folgendem Grund unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Das für den Gesellschaftsvertrag charakteristische Moment ist der Gesellschafts z w e c k . Der Zweck des OHG (KG)- Gesellschaftsvertrags ist der Betrieb eines Handelsgewerbes. Das Betreiben eines kaufmännischen Unternehmens beinhaltet notwendig ein unternehmerisches R i s i k o . Dieses besteht darin, daß der Kaufmann sich bei Abschluß von Verträgen oder bei anderen unternehmerischen Tätigkeiten über die wirkliche Situation oder über die zukünftige Entwicklung ein verkehrtes Bild macht und infolge dessen einen Verlust hinnehmen muß, daß er sich "verkalkuliert".

Prinzipiell beinhaltet jeder Vertrag, den ein Unternehmer schließt, ein Risiko. D i e s e s R i s i k o kann und will die Rechtsordnung dem Unternehmer nicht abnehmen.

Auch beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags gehen die Vertragsparteien dieses Risiko ein. Zu diesem Risiko gehört unter anderem, daß eine Vertragspartei von der anderen betrogen wird. Denn zu den Umständen, die der Unternehmer in seine Kalkulation einbezieht,

1) Vgl. zum Streitstand darüber, ob die von dem Bedrohten hergegebene Sache "abhanden gekommen" ist, V.STAUDINGER-BERG § 935,8.

gehören die Richtigkeit der von der Vertragspartei angegebenen Daten und ihre Vertrauenswürdigkeit.¹⁾

Ganz anders liegt der Fall, in dem der Kaufmann zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags g e z w u n g e n wurde. In diesem Fall hat er den Vertrags-schluß nicht gewollt; er hat also ein Risiko gar nicht eingehen wollen. Die Lage, in der er sich befindet, ist nicht darauf zurückzuführen, daß er ein Risiko eingegangen ist, wie der Betrogene. In einem solchen Fall muß die Rechtsordnung schützend und ausgleichend eingreifen.²⁾ Es kann also gesagt werden, daß zwischen dem Tatbestand der Drohung und dem Tatbestand der Täuschung beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags ein grundsätzlicher Unterschied besteht³⁾, der eine verschiedene Behandlung beider Tat-

T) Vgl. BGH NJW 1971,377 : "Der Vorteil des (sc. betrügerischen) Geschäftsinhabers, der in dem Abschluß des stillen Gesellschaftsvertrags selbst liegt, rechtfertigt es nicht, die durch die Invollzugsetzung des Gesellschaftsverhältnisses geschaffenen Tatsachen rückwirkend zu beseitigen und statt des Gesellschaftsrechts das bürgerliche Recht zur Anwendung zu bringen."

- 2) Es besteht eine Verwandtschaft zum Fall des § 117 BGB, bei dem sämtliche Beteiligten ein Gesellschaftsverhältnis nicht gewollt haben, während im Fall der Drohung eine Vertragspartei nicht kontrahieren wollte. Auf diese Verwandtschaft stützt HÖLTZCKE S. 179 f. die unterschiedliche Behandlung der beiden Tatbestände des § 123 BGB.
- 3) Allein diese Unterscheidung ist sachgemäß und durchführbar, nicht hingegen die gelegentlich vorgeschlagene, daß bei "besonders niederträchtiger Drohung oder besonders verwerflicher arglistiger Täuschung" (SCHULTZE=V.LASAU LX § 705,105) eine "fehlerhafte Gesellschaft" zu verneinen sei; ebenso unzureichend ist die Abgrenzung in BGHZ 13,323 und BGH NJW 1971,377, wonach die Abwicklung nach allgemeinem Recht erfolgen soll, wenn eine Vertragspartei sich durch Drohung oder Täuschung einen überaus günstigen Gewinn- oder Liquidationsanteil hat zugestehen lassen und deswegen ein in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellender Schadensersatzanspruch keinen genügenden Ausgleich ermöglicht. Was ist ein "überaus" günstiger Gewinn- und Liquidationsanteil ? Was ist ein "genügender Ausgleich" ? Kritisch zu dieser Rechtsprechung auch ERMAN § 705,8; KESSLER § 705,129; GANSSMÜLLER DB 1955,260; BECKMANN S.158.

bestände notwendig macht.

Die Berechtigung dieser Unterscheidung wird bestätigt durch die Rechtsprechung zu Fällen rechtswidriger Drohung beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags.¹⁾ Obwohl die Gerichte in beiden Fällen die Entstehung einer "fehlerhaften Gesellschaft" bejahten, entschieden sie doch so, als ob eine "fehlerhafte Gesellschaft" gerade nicht vorgelegen hätte.

In dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob die Auseinandersetzung zwischen dem Erpresser und den beiden Erpreßten im Verhältnis der ursprünglichen fehlerfrei vereinbarten Beteiligung von 1 : 10 : 10 oder im Verhältnis der durch die Drohung erzwungenen Beteiligung von 10 : 10 : 10 vorgenommen werden sollte. Nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft hätte die Auseinandersetzung nach dem Schlüssel 10 : 10 : 10 geschehen müssen, so daß der Erpresser die Früchte seiner verbotenen Handlung hätte behalten dürfen. Der Senat hat sich gleichwohl für das Verhältnis 1 : 10 : 10 entschieden.²⁾

In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob der bedrohte Altunternehmer (beziehungsweise nach seinem Tode sein Nachlaßverwalter) gegen den neuen Teilhaber, der den Abschluß des Gesellschaftsvertrags erzwungen hatte, die Übernahmeklage analog § 142 HGB erheben muß oder ob er durch einfache Übernahme e r k l ä r u n g wieder in den Besitz des Unternehmens gelangen kann. Nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft wäre eine Übernahmeerklärung nicht möglich; obwohl der Senat eine "fehlerhafte Gesellschaft" bejahte, hat er gleichwohl eine Übernahmeerklärung für möglich gehalten.³⁾

Beiden Urteilen ist im Ergebnis zuzustimmen. Sie zeigen, daß die von der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft vertretene Einordnung der Drohungsfälle in die Gruppe der "fehlerhaften Gesellschaften" unberechtigt

1) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1951, 29; BGHZ 47, 293.

2) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1951, 29.

3) Vgl. BGHZ 47, 293.

ist. Vielmehr ist eine Unterscheidung der beiden Tatbestände des § 123 BGB erforderlich. Im folgenden sollen daher die beiden Tatbestände gesondert behandelt werden.

Der Tatbestand der arglistigen Täuschung

I. Bestandsaufnahme

Die zahlreichen Rechtsfolgen für fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse lassen sich systematisch vier verschiedenen Bereichen¹⁾ zuordnen.

Der 1. Bereich befaßt sich mit der rechtlichen Bewertung der Zeitspanne zwischen Vertragsschluß und Geltendmachen des Vertragsfehlers.

Der 2. Bereich legt das Rechtsinstrument fest, durch welches die Abwicklung ausgelöst wird.

Der 3. Bereich regelt den Zeitraum zwischen Geltendmachen des Vertragsfehlers und Beginn der Abwicklung.

Der 4. Bereich betrifft die Art und Weise der Abwicklung.

1. Rechtsprechung²⁾

Der Vertragsfehler "arglistige Täuschung" spielt in der Rechtsprechung zu fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen die größte Rolle aller Vertragsfehler. In mindestens 19 Entscheidungen ging es um arglistige Täuschung.³⁾ Eine Analyse

-
- 1) Diese Einteilung in vier Problembereiche hat für alle Gruppen von fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen Bedeutung, nicht nur für Fälle arglistiger Täuschung.
 - 2) Vgl. den - allerdings höchst lückenhaften - Überblick über die einschlägige Rechtsprechung bei RONKE, F Schr.f.Laufke, S.217, insbes.S.246 ff. (Reichsgericht) und ders., F Schr.f.Paulick, S.55 ff. (Bundesgerichtshof).
 - 3) Fehlerhafter Beitritt : Vgl. RG JW 1935,2617; RGZ 165,193; RG DR 1941,1943; OLG Stuttgart NJW1951,29 (auch Drohung); LG Berlin NJW 1951,281; BGH v.11.11.1953 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.2 -; BGHZ 26,330; BGHZ 44,235; BGHZ 47,293 (auch Drohung); OLG Köln BB 1970,1460; BGH NJW 1972,1466; BGH NJW 1973,1604; BGH WM 1974,318 (14 Urteile).
Fehlerhafte Gründung : Vgl. BGHZ 13,320; BGH WM 1961,426 (zwei Urteile).
Fehlerhaftes Ausscheiden : Vgl. BGH v.23.6.1954 (II 168/53) - unveröff. -; BGH WM 1955,1702; BGH WM 1969,791 (drei Urteile).

der in diesen Entscheidungen angesprochenen Rechtsfolgen ergibt folgendes Bild.

Zum Bereich 1 :

Sämtliche Entscheidungen gehen ausdrücklich oder stillschweigend davon aus, daß zwischen den Vertragsparteien eine "faktische" beziehungsweise "fehlerhafte Gesellschaft" entstanden ist. Für Schulden des Altunternehmers haftet auch der neue Mitinhaber analog § 28 HGB¹⁾ beziehungsweise § 130 HGB²⁾, auch wenn der Beitrittsvertrag angefochten ist. Die Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsschluß sind auch auf den fehlerhaften Gesellschaftsvertrag anwendbar.³⁾

Zum Bereich 2 :

Die Abwicklung dieser "Gesellschaft" wird grundsätzlich durch ein Auflösungsurteil analog § 133 HGB ausgelöst.⁴⁾ Neuerdings läßt der Bundesgerichtshof für Beitrittsfälle eine fristlose Kündigung genügen, wenn das Kündigungsrecht im Gesellschaftsvertrag eine Grundlage hat.⁵⁾

Zum Bereich 3 :

Zu der Frage, ob bei Beitrittsfällen der betrogene neue Mitinhaber nach Anfechtung die Leistung der noch nicht entrichteten Einlage unter Berufung auf Treu und Glauben verweigern darf, hat die Rechtsprechung eine Entwicklung erfahren. Es geht gewöhnlich⁶⁾ um Kommanditgesellschaften, deren Komplementär Anlagewilligen unter Versprechung günstiger Rendite Kommanditanteile verkauft hat. Ursprünglich versagte die Rechtsprechung dem Getäuschten das Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Täuschung von nur einem Gesellschafter ausgegangen war und auch andere Kommanditisten ihr zum Opfer gefallen waren.⁷⁾ Dies wurde damit begründet, daß in

1) Vgl. BGH NJW 1972, 1466.

2) Vgl. BGHZ 44, 235 und LG Berlin NJW 1951, 281.

3) Vgl. BGH WM 1961, 426.

4) Vgl. RGZ 165, 193, 206; RG DR 1941, 1943, 1944.

5) Vgl. BGH NJW 1973, 1604; BGH WM 1974, 318.

6) Vgl. BGHZ 26, 330; OLG Köln BB 1970, 1460; BGH NJW 1973, 1604.

7) Vgl. BGHZ 26, 330; OLG Köln BB 1970, 1460.

einem solchen Fall die Leistung auch dieser Einlage dazu diene, die Vermögensverluste auf die Opfer des Betrügers nach Maßgabe ihrer Einlagezusagen einheitlich zu verteilen. Neuerdings schränkt der Bundesgerichtshof die Leistungsverpflichtung des Betrogenen ein; dieser hat nach dieser neueren Rechtsprechung seine Einlage nur in Höhe des auf ihn entfallenden Verlustanteils (bezogen auf die Zeit seiner Zugehörigkeit zu der "fehlerhaften Gesellschaft") zu tragen.¹⁾

Uneinheitlich ist die Rechtsprechung zu der Frage, ob Schadensersatzansprüche schon vor der Auseinandersetzung durchgesetzt werden können.

Das Reichsgericht hat entschieden, daß Schadensersatz vor der Auseinandersetzung nicht verlangt werden könne, weil die Höhe des dem Getäuschten entstandenen Schadens von dem Ergebnis der Auseinandersetzung abhängt.²⁾ Hingegen hat der Bundesgerichtshof die Frage, ob eine "fehlerhafte Gesellschaft" entstanden sei, mit der Begründung dahingestellt sein lassen, daß die Klage jedenfalls aus § 826 BGB begründet sei.³⁾ Damit hat der Senat die Linie des Reichsgerichts verlassen, da er unter Beachtung der reichsgerichtlichen Auffassung sehr wohl die Frage hätte entscheiden müssen, ob eine "fehlerhafte Gesellschaft" vorlag; denn bei Bejahung dieser Frage hätte der Anspruch aus § 826 BGB erst nach Auseinandersetzung dieser "Gesellschaft" zugesprochen werden dürfen.

Das Reichsgericht hat entschieden, daß vor der Auseinandersetzung nicht eine Vertragspartei von der anderen fordern könne, zur Löschung der Gesellschaft oder des Gesamthändlers im Handelsregister mitzuwirken.⁴⁾

1) Vgl. BGH NJW 1973, 1406; BGH WM 1974, 318.

2) Vgl. RG JW 1935, 2617; vgl. auch BGHZ 55, 5, wonach die rechtliche Anerkennung des Bestehenden Schadensersatzansprüche in der Auseinandersetzung nicht ausschließt.

3) Vgl. BGH v. 11.11.1953- unveröff., vgl. Anhang, A, Nr. 2.

4) Vgl. RGZ 165, 193, 202.

Zum Bereich 4 :

Nach der Rechtsprechung kann die "faktische" beziehungsweise "fehlerhafte Gesellschaft" nur im Wege der Liquidation (§§ 145 ff. HGB analog), also nach Gesellschaftsrecht abgewickelt werden.¹⁾ Ein Gesamthänder kann daher von der "Gesellschaft" nicht ohne weiteres Herausgabe der von ihm eingelegten Gegenstände verlangen.²⁾

Zum Umfang des Schadensersatzes hat das Reichsgericht ausgeführt, daß der Getäuschte nicht von dem Betrüger verlangen könne, so gestellt zu werden, als ob er den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen hätte.³⁾ Ein solcher Anspruch wäre mit dem Bestehen der "Gesellschaft" nicht vereinbar.

Die Bestandsaufnahme ergibt also ein sehr lückenhaftes Bild. Dies ist allerdings bei einer Sammlung von Urteilen auch nicht anders zu erwarten, da die Rechtsprechung Einzelfragen zu beantworten hat und nicht Einzelfälle zum Anlaß nehmen darf, um ein umfassendes System zu entwickeln. Dies ist vielmehr die Aufgabe der Wissenschaft.

2. Literatur

In der Literatur zeigt sich keine Arbeit, die ein einigermaßen vollständiges Rechtsfolgensystem entwickelt hat.⁴⁾ Ferner ist bemerkenswert, daß es keinen Autor gibt, welcher den Ansatz bei der Differenzierung nach Wichtigkeitsgründen konsequent fruchtbar gemacht

1) Vgl. RG JW 1935,2617; RGZ 165,193,202; BGHZ 13,320.

2) Vgl. RGZ 165,193,202.

3) Vgl. RG DR 1941,1943,1944.

4) Wenn die folgende Materialsammlung gleichwohl recht umfangreich ist, so liegt dies darin begründet, daß sie das Ergebnis der Zusammenfassung fast der gesamten Aussagen in der Literatur darstellt.

hat. Die vorliegenden Arbeiten ausführlicherer Art¹⁾ benutzen diese Differenzierung entweder nur zur groben Einteilung der fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse in die Gruppe der "fehlerhaften Gesellschaften" und in die Gruppe der unwirksamen Vertragsverhältnisse und berücksichtigen die Besonderheiten eines speziellen Fehlergrundes darüber hinaus allenfalls am Rande in Form von Ausnahmen von den generellen Rechtsfolgen²⁾; oder sie differenzieren zwar durchgängig nach Nichtigkeitsgründen, zeigen aber nur einige wenige Rechtsfolgen auf.³⁾⁴⁾ Hieraus folgt, daß sich Aussagen speziell zum

- 1) Vgl. BAUMBACH-DUDEN § 105,8; BECKMANN, Diss.; BEITZKE, Nichtigkeit; BERNSTORFF, Diss.; DITTENEY, Diss.; ERMAN, Personalgesellschaften; FISCHER § 105, 68 ff. ders. NJW 1955,849 und NJW 1958,969 sowie zahlreiche Anmerkungen in LM, etwa Nr.5, 10, 13, 19 zu § 105 HGB, Nr.2 zu § 130 HGB, Nr.1 zu § 133 HGB; GANSS-MÜLLER DB 1955,257; NJW 1955,1067; NJW 1956,698; DB 1955,713; GmbHRdsch 1955,172; GESSLER § 105,61 ff.; HUECK S.79 ff.; KESSLER § 705,81 ff.; KÖTTER S. 323 ff.; LEHMANN-DIETZ S.47 ff.,132 ff.; POMMERENING, Diss.; REINHARDT Nr.235 ff.; SASSE, Diss.; SCHULTZE=V.LASAULX § 705,80 ff.; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.40 ff.; ders. MDR 1952,287 und BB 1958, 1065; WEIPERT § 105,73 ff.; WESTERMANN Nr.750 ff.
- 2) Sämtliche unter N.1 soeben genannten Autoren mit Ausnahme der in N.3 unten genannten.
- 3) Vgl. BECKMANN a.a.O.; POMMERENING a.a.O.; SASSE a.a.O.
- 4) Zu der Arbeit von SASSE a.a.O. ist kritisch anzumerken, daß sie erstens keinerlei theoretische Fundierung für die Angemessenheit einer Differenzierung nach Nichtigkeitsgründen enthält (dasselbe gilt für die Arbeit von POMMERENING a.a.O.); zweitens macht SASSE die Differenzierung nicht fruchtbar; sie bleibt ohne wesentliche praktische Folgen, da SASSE hinsichtlich der einzelnen Rechtsfolgen für den einen Nichtigkeitsgrund oft pauschal auf die Rechtsfolgen für einen anderen Nichtigkeitsgrund verweist (vgl. die Verweisungskette von § 123 BGB zu § 138 BGB : S. 81 N.1 und N.2, S.82 N.1 und N.4, S.79 N.2, S.76 N.1 und weiter (!) zu § 134 BGB : S.59 N.1, S.61 N.1 und N.2, S.62 N.1 und N.2, S.63 N.2, S.64 N.6, S.66 N.2). Dieses Verfahren hat beispielsweise zur Folge, daß sich die Antwort auf die Frage, wie sich bei einem gegen § 123 BGB verstößenden Gesellschaftsvertrag die Zeit zwischen Erhebung der Auflösungsklage und Rechtskräftigwerden des Auflösungsurteils (Bereich 3) gestaltet, aus der Erörterung der entsprechenden

Tatbestand der arglistigen Täuschung verhältnismäßig selten finden; um überhaupt ein Bild von der Behandlung dieses Nichtigkeitsgrundes in der Literatur zu bekommen, sind daher überwiegend Sätze herangezogen, die ein Autor für j e d e n Fall einer "fehlerhaften Gesellschaft", also auch für den Fall einer "fehlerhaften Gesellschaft" wegen arglistiger Täuschung aufgestellt hat.

Zum Bereich 1 :

Nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist nach Invollzugsetzung des Gesellschaftsvertrags zwischen den Vertragsparteien eine Gesamthandsgemeinschaft mit Gesamthandsvermögen entstanden,¹⁾ welche "fehlerhafte Gesellschaft" genannt wird. Diese "Gesellschaft" wird rechtlich einer fehlerfrei begründeten gleichgestellt. Die Beziehungen der Vertragsparteien untereinander bestimmen sich also in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag²⁾; Übereignungen an und durch die Gesamthandsgemeinschaft sind wirksam;³⁾ Gewinngrundschriften und Entnahmen sind zu Recht erfolgt, soweit sie im Rahmen der vertraglich festgesetzten Gewinn- und Verlustanteile sowie der Kapitalanteile vorgenommen worden sind;⁴⁾ hat sich die Täuschung auf die Festset-

Frage bei dem ganz anders gearteten Fall des § 134 BGB ergibt. Im Ergebnis unterscheidet sich die Arbeit von SASSE also kaum von den übrigen, welche die Rechtsfolgen für sämtliche "fehlerhaften Gesellschaften" von vornherein undifferenziert aufzeigen.

- 1) Vgl. ERMAN S.73; WEIPERT § 105,73 Abs.2; FISCHER § 105,88, 94, 104; WESTERMANN Nr.779; REINHARDT Nr. 243,251; LEHMANN-DIETZ S.50; KUHN JR 1951,514; KESSLER § 705,120; GANSSMÜLLER DB 1955,257; SASSE S.81; BECKMANN S.108,155 f.; a.A.:DITTENEY S.126.
- 2) Vgl. für alle ERMAN S.73; WEIPERT § 105,73, 74a; FISCHER § 105,88; WESTERMANN Nr.779,784; GESSLER § 105,62c; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.60.
- 3) Vgl. die oben N.1 Genannten. RULAND S.76 ff. leugnet zwar die Wirksamkeit der Übereignungen an die "Gesellschaft", versagt aber den "Gesellschaftern" den Herausgabeanspruch nach §§ 985,812 ff. BGB.
- 4) Vgl. WESTERMANN Nr.780; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705, 120; KUHN JR 1951,514; RULAND S.82 ff.

zung der Anteile ausgewirkt, so ist ein deshalb erforderlicher Ausgleich erst in der Auseinandersetzung zu berücksichtigen.¹⁾

Im Außenverhältnis haften die "fehlerhafte Gesellschaft" und ihre "Gesellschafter" für die Verbindlichkeiten ebenso wie eine fehlerlos begründete Gesellschaft und deren Gesellschafter, also unabhängig vom guten Glauben der Gläubiger.²⁾ Die "fehlerhafte Gesellschaft" ist prozeßfähig und grundbuchfähig³⁾ sowie konkursfähig.⁴⁾ Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamthandsvermögen ist ein gegen die "Gesellschafter" gerichteter Titel erforderlich.⁵⁾

Zum Bereich 2 :

Auch in der Literatur wird grundsätzlich ein Urteil (analog § 133 HGB beziehungsweise §§ 140, 142 HGB) verlangt, damit die Abwicklung ausgelöst wird.⁶⁾ Die Tatsache der arglistigen Täuschung soll hinreichender Auflösungsgrund sein.⁷⁾ Es wird

-
- 1) Vgl. ERMAN S.76,84 ff., der auf die Möglichkeit des Arrests hinweist (S.85); ferner WESTERMANN Nr.781; POMMERENING S.51 f.; RULAND S.106; a.A.: SASSE S.77; unklar WEIPERT § 105,74a, der dafür eintritt, dem Betrüger die Vorteile "mit sofortiger Wirkung zu versagen".
 - 2) Vgl. ERMAN S.18; WEIPERT § 105,73 und § 130,18; FISCHER § 130,28 und ders. Anm. zu LM Nr.2 zu § 130 HGB; HUECK S.79; GESSLER § 130,27; BAUMBACH-DUDEN § 105,8 A und 8 G; KESSLER § 705,106; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,118; KUHN JR 1951,513; GANSSMÜLLER DB 1955,258; BERNSTORFF S.41.
 - 3) Vgl. ERMAN S.90; FISCHER § 105,104; KUHN JR 1951,513.
 - 4) Vgl. ERMAN S.90; GESSLER § 105,62e; KALTER KTS 1958, 97; RICHTER MDR 1960,976; WEIPERT § 105,73; FISCHER § 105,104.
 - 5) Vgl. KUHN JR 1951,513.
 - 6) Vgl. ERMAN S.65,70; HUECK S.82; KÖTTER S.324; REINHARDT Nr.243,251; GESSLER § 105,621; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.65; BEITZKE S.62.
 - 7) Vgl. ERMAN S.30 f.; FISCHER § 105,91; ders. Anm. zu LM Nr.1 zu § 133 HGB; GESSLER § 105,62d; KESSLER § 705,119; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,113; BEITZKE S.62; BENKE JZ 1952,308; POMMERENING S.28 (mit ausführlicher Begründung); a.A.: KUHN JR 1951,514; BUCHWALD GmbHRdsch 1954,146; J.V.GIERKE S.191; RONKE. Fdschr.f.Paulick, S.58.

lediglich die Einschränkung gemacht, daß die Berufung auf den Vertragsfehler nicht rechtsmißbräuchlich sein darf beziehungsweise daß der Vertragsfehler in der Gegenwart noch wirken muß.¹⁾ Die Klage muß innerhalb der Frist des § 124 BGB erhoben werden.²⁾

Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Frage, ob im Beitrittsfall dem getäuschten neuen Teilhaber der Weg über die Auflösungsklage zuzumuten ist oder ob dieser nicht vielmehr allein durch rechtsgestaltende Erklärung aus der "Gesellschaft" ex nunc ausscheiden und schon damit die Auseinandersetzung in Gang bringen kann. Ein solches Recht zur fristlosen Kündigung wird von einer beachtlichen Minderheit befürwortet³⁾, von der herrschenden Meinung jedoch abgelehnt. FISCHER hat die Ansicht vertreten, daß der getäuschte Altunternehmer ein selbständiges Gestaltungsrecht haben müsse, durch welches er das Unternehmen durch einfache Erklärung wieder übernehmen kann.⁵⁾ Vereinzelt wird das Erfordernis einer Auflösungsklage sogar für j e d e n Fall einer arglistigen Täuschung verneint.⁶⁾ Nach BROX tritt an die Stelle der Auflösungsklage dann die Möglichkeit der Kündigung, wenn im Gesellschaftsvertrag ein Recht zur

-
- 1) Vgl. dazu ERMAN S.29 f.; HUECK S.84; FISCHER § 105, 91; REINHARDT Nr.241; GESSLER § 105,62d; WESTERMANN Nr.774; LEHMANN-DIETZ S.49; KESSLER § 705,119; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,113; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.66 f.; BENKE JZ 1952,308; gegen diese Einschränkung KÖTTER S.326. Nach BROX BB 1964,523 besteht ein Unterschied zwischen den beiden Einschränkungen nicht; es handele sich allein um eine Formulierungsfrage.
 - 2) Vgl. FISCHER § 105,92; REINHARDT Nr.240; WESTERMANN Nr.774; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,114; POMMERENING S.29.
 - 3) Vgl. FISCHER § 105,102; NJW 1958,972 f.; SIEBERT, Fakt. Vertragsverhältnisse, S.65; BAUMBACH-DUDEN § 105,8J.
 - 4) Vgl. HUECK S.96; GESSLER § 105,62i; KÖTTER S.326; REINHARDT Nr.240,251; WESTERMANN Nr.784 f.; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,123; POMMERENING S.27 f.,61; SASSE S.79.
 - 5) Vgl. FISCHER NJW 1958,972 f. (ebenso BAUMBACH-DUDEN § 105,8H; BODE S.27; a.A.: HUECK S.96 N.74; WESTERMANN Nr.784); von FISCHER § 105,68 ff. nicht wiederholt.
 - 6) Vgl. BOESEBECK DR 1943,1223 f.; V.D.GOLTZ BB 1952, 68; BECKMANN S.154 f.,157.

Kündigung aus wichtigem Grund vereinbart ist.¹⁾

Zum Bereich 3²⁾³⁾ :

Für diesen Zeitraum ist besonders umstritten, ob der getäuschte Gesamthänder auch nach der Anfechtung beziehungsweise Klageerhebung zur Vertragserfüllung verpflichtet bleibt, insbesondere, ob er noch nicht eingebrachte Einlagen zurückbehalten darf. Nach einer Ansicht darf er dies unter Berufung auf Treu und Glauben⁴⁾; nach anderer Ansicht besitzt er kein Leistungsverweigerungsrecht.⁵⁾

Überwiegend wird zur Beantwortung dieser Frage jedoch unterschieden, wozu die Einlage verwendet werden soll.

-
- 1) Vgl. BB 1964, 523; ebenso FISCHER § 105, 91; LEHMANN-DIETZ S. 133.
 - 2) Im Fall der Auflösung durch fristlose Kündigung entfällt die Übergangszeit zwischen Klageerhebung und Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils und somit auch die Notwendigkeit des 3. Bereichs.
 - 3) Die gebotene Abgrenzung der Zeitspanne bis zur Geltendmachung des Nichtigkeitsgrunds (Bereich 1 : Bewertung des Vergangenen) von dem anschließenden Zeitraum bis zum Gestaltungsurteil (Bereich 3 : Gestaltung des Zukünftigen) wird häufig nicht deutlich genug vorgenommen, so daß kaum oder gar nicht erkennbar ist, zu welchem Bereich der Autor sich äußert. Vgl. etwa FISCHER § 105, 38 ff., der unter der Überschrift "Die fehlerhafte Gesellschaft bis zur Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes" (= Bereich 1) mehrfach zu Problemen Stellung nimmt, die auch oder ausschließlich den Bereich 3 betreffen; hingegen fehlt bei FISCHER a.a.O. eine ausdrückliche Behandlung der Probleme des 3. Bereichs; ähnlich unklar etwa WEIPERT § 705, 74a Abs. 1; WESTERMANN Nr. 779, 781; GESSLER § 105, 62c; KESSLER § 705, 118; SCHULTZE = V. LASAULX § 705, 117, 119 ff.; POMMERENING S. 26 f.
 - 4) Vgl. SASSE S. 81, 61; LEHMANN-DIETZ S. 133; so anscheinend auch HUECK S. 88 : " Es liegt kein (!) Grund vor, warum ein Gesellschafter zu einer Leistung verpflichtet sein sollte, die er nur unter dem Einfluß einer arglistigen Täuschung oder einer rechtswidrigen Drohung versprochen hat." Seine Einschränkung S. 88 N. 4 steht im Widerspruch zu dieser eindeutigen Aussage. Ebenso widersprüchlich ERMANN S. 76 einerseits, S. 80 andererseits; GESSLER § 105, 62d einerseits, 62i andererseits; POMMERENING S. 56.
 - 5) Vgl. WEIPERT § 105, 74b.

Hiernach ist die Einlage zu leisten, soweit sie zum Fortbestand des Unternehmens bis zum Auflösungsurteil gebraucht wird.¹⁾

Dies wird zum Teil damit begründet, daß ansonsten ein Gesellschafter durch Vorschützen eines nicht bestehenden Anfechtungsgrundes mittels Auflösungsklage die Gesellschaft ruinieren und so letzten Endes doch sein ungerechtfertigtes Auflösungsziel erreichen könnte.²⁾

KÖTTER weist zur Begründung darauf hin, daß im Fall eines Leistungsverweigerungsrechts die mit der Verweisung auf die Auflösungsklage bezweckte sachgemäße Abwicklung unter den Beteiligten in Frage gestellt würde.³⁾

Nach anderer Ansicht ist der Fortbestand des Unternehmens in dieser Zeitspanne nicht dadurch sicherzustellen, daß von dem Getäuschten die ausstehende Einlage gefordert wird, sondern dadurch, daß sämtliche "Gesellschafter" die dazu notwendigen Kosten aufbringen müssen.⁴⁾ Dies wird damit begründet, daß die Vertragsparteien ein gemeinsames Interesse an der Fortführung des Unternehmens hätten. Umstritten ist, ob die Beteiligungsquoten nach der kapitalmäßigen Beteiligung der Vertragsparteien (analog § 748 BGB)⁵⁾ oder nach den konkreten Bedürfnissen im Einzelfall⁶⁾ festgesetzt werden sollen.

WESTERMANN vertritt die Ansicht, daß der Getäuschte zur Leistung seiner Einlage verpflichtet bleibt, soweit diese zur Abwicklung erforderlich ist.⁷⁾

Nach KUHN bleibt die Einlageschuld bestehen, soweit durch ihre Nichterfüllung Belange Gut -

1) Vgl. ERMAN S.76; KÖTTER S.327; BECKMANN S.116.

2) Vgl. ERMAN S.76; WEIPERT § 105,74b.

3) Vgl. S.327; ähnlich BECKMANN S.116.

4) Vgl. ERMAN S.80 (im Widerspruch zu S.76); HUECK S.89 (im Widerspruch zu S.88 N.4); REINHARDT Nr.244; SASSE S.81,59.

5) Vgl. ERMAN S.80; HUECK S.89; REINHARDT Nr.244.

6) Vgl. SASSE S.81,61.

7) Vgl. WESTERMANN Nr.780,734; ebenso SCHULTZE=V.LA-SAULX § 705,120; WAGNER S.29.

gläubiger berührt werden.¹⁾

Schließlich wird gesagt, daß der Getäuschte dann die Einlageleistung nicht verweigern dürfe, wenn die Einlage dazu dient, Verluste der "Gesellschaft" auf mehrere Getäuschte gleichmäßig zu verteilen;²⁾ die Einlageleistung dürfe nur nicht dem Betrüger zugute kommen.³⁾

Die bereits geleistete Einlage kann der Getäuschte während dieser Zeitspanne nicht zurückverlangen.⁴⁾

Die Geschäftsführung und die Vertretung der "Gesellschaft" soll in diesem Zeitraum der nach dem Gesellschaftsvertrag hierzu Berufene fortführen,⁵⁾ wobei betont wird, daß sich hieraus nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zur Geschäftsführung beziehungsweise zur Vertretung ergibt.⁶⁾ Die Verletzung dieser Verpflichtung hat Schadensersatzverpflichtungen zur Folge.⁷⁾ Wenn auf diese Weise der Betrüger in die Lage versetzt wird, seine ungerechtfertigte Stellung weiter auszuüben, so soll mit analoger Anwendung der §§ 117, 127 HGB, in dringenden Fällen im Wege der einstweiligen Verfügung, geholfen werden.⁸⁾

1) Vgl. JR 1951, 514.

2) Vgl. HUECK S.88 N.4; FISCHER § 105,90; REINHARDT Nr. 251; BAUMBACH-DUDEN § 105,8F; ESSER, Schuldrecht BT, S.303.

3) Vgl. außer den soeben in N.2 Genannten WESTERMANN Nr.784; noch weiter zu Lasten des Betrogenen: FLUME, AT, S.102: Die Einlagepflicht für den Betrogenen besteht, "wenn die Einlage nicht gerade nur (!) dem Betrüger zugute kommt." Ebenso FLUME, Ftschr. zum Hundertjährigen Bestehen des Dt. Juristentags, Bd. I S.191; so auch BAUMBACH-DUDEN § 105,8F.

4) Vgl. ERMAN S.76; RULAND S.76 ff.; POMMERENING S.55.

5) Vgl. ERMAN S.78; HUECK S.89 f.; FISCHER § 105,88; WESTERMANN Nr.779; KESSLER § 705,118; SASSE S. 62 ff.

6) Vgl. HUECK S.89 f.; REINHARDT Nr.245; WESTERMANN Nr. 779; GESSLER § 105,62c; KESSLER § 705,118; SCHULTZE=V.LASAUx § 705,120; POMMERENING S.27; SASSE S.62 ff.

7) Vgl. HUECK S.89 f.; KESSLER § 705,118; SASSE S.62 ff.

8) Vgl. ERMAN S.78 f.; HUECK S.89 f.; FISCHER § 105,88; POMMERENING S.27 N.4; SASSE S.62 ff.

Bis zur Auflösung durch Urteil sollen die "Gesellschafter" auch an die vertragliche Treupflicht gebunden bleiben,¹⁾ insbesondere zur Konkurrenzenthaltung²⁾ und zum Schweigen über Betriebsgeheimnisse verpflichtet sein.

Gewinn- und Verlustbeteiligung richten sich auch in dieser Übergangszeit grundsätzlich nach dem Gesellschaftsvertrag.³⁾ Nach HUECK ist der Schlüssel für Gewinn- und Verlustverteilungen in einem den gesamten Umständen angemessenen Verhältnis festzusetzen, wenn dieser Schlüssel fehlerbehaftet ist.⁴⁾ Nach KÖTTER bleiben Gewinnausschüttungen und Entnahmen soweit zulässig, wie sie den Ausgleich der wechselseitigen Ansprüche in der Auseinandersetzung nicht gefährden.⁵⁾

Vertragsbestimmungen, die unmittelbar von der arglistigen Täuschung beeinflusst sind, finden keine oder nur beschränkte Anwendung, wobei im einzelnen umstritten ist, in welcher Weise die so entstehende Vertragslücke zu füllen ist, nämlich entweder durch ergänzende Vertragsauslegung⁶⁾, durch Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts⁷⁾ oder auf beiden Wegen.⁸⁾⁹⁾

-
- 1) Vgl. ERMAN S.89; REINHARDT Nr.245; HUECK S.90; FISCHER § 105,88; GESSLER § 105,6 c; KESSLER § 705,118; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,120; GANSSMÜLLER NJW 1955,1069; POMMERENING S.27.
 - 2) Nach ERMAN S.89 kann jedoch der Betrüger von dem Betrogenen keine Konkurrenzenthaltung verlangen.
 - 3) Vgl. FISCHER § 105,88; GESSLER § 105,62c.
 - 4) Vgl. S.91; ähnlich GESSLER § 105,62c; SASSE S.65.
 - 5) Vgl. S.328.
 - 6) So ERMAN S.66 f.,73 ff.; KUHN JR 1951,514; BECKMANN S.85,89; SASSE S.65; ähnlich WEIPERT § 105,74a.
 - 7) So KESSLER § 705,118; BAUMBACH-DUDEN § 105,8f.
 - 8) So FISCHER § 105,90; ders. NJW 1958,972; REINHARDT Nr. 251; GESSLER § 105,62i (anders aber ders. § 105,62c); SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.64; SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,119; POMMERENING S.27.
 - 9) Kritisch gegenüber diesen Aussagen BERNSTORFF S.28 ff.

Zum Bereich 4 :

Grundsätzlich soll die Abwicklung nach den Vorschriften der §§ 145 ff. HGB erfolgen. Haben die Vertragsparteien jedoch für die Auflösung der Gesellschaft besondere Bestimmungen getroffen, so sollen diese den gesetzlichen Bestimmungen vorgehen, da anzunehmen sei, daß diese Vereinbarungen den besonderen Verhältnissen gerade dieser "Gesellschaft" am besten gerecht werden.¹⁾ Ausnahmen hiervon sollen für solche Vertragsklauseln gelten, die gerade auf der arglistigen Täuschung beruhen.²⁾ Was an ihrer Stelle gelten soll, ist auch für diesen Bereich ungeklärt. Nach FISCHER³⁾ gelangt statt der fehlerhaften Bestimmung eine den Verhältnissen entsprechende angemessene Regelung zur Anwendung, die unter Umständen weder auf dem Gesellschaftsvertrag noch auf dem Gesetzesrecht fußt. SASSE hält es für entscheidend, daß diejenige Art der Auseinandersetzung erreicht wird, die den Interessen des Geschädigten am weitestgehendsten Rechnung trägt.⁴⁾ Nach BAUMBACH-DUDEN tritt an die Stelle der fehlerhaften Vertragsklausel die entsprechende gesetzliche Vorschrift.⁵⁾ WESTERMANN meint, daß in Einzelheiten das Verfahren der besonderen Situation der "fehlerhaften Gesellschaft" angepaßt werden kann.⁶⁾

An Beispielen für die Korrektur fehlerbehafteter Abwicklungsbestimmungen werden genannt :

- Ein vertragliches Übernahmerecht entfällt.⁷⁾
- Hat der Betrüger sich die Stellung als alleiniger Liquidator einräumen lassen, so soll statt dessen § 146 HGB analog gelten.⁸⁾

1) Vgl. HUECK S.92 f.; FISCHER § 105,94; REINHARDT Nr. 246 (unter Hinweis auf § 157 BGB); GESSLER § 105,62 e; BAUMBACH-DUDEN § 105,8F; KESSLER § 705,12o; BECKMANN S.110 f.; BEITZKE S.63 f.; SASSE S.66; A.A.: RULAND S.87 N.17 unter Berufung auf LOBEDANZ S.47.

2) Vgl. die soeben N.1 Genannten.

3) Vgl. NTW 1953,971; Ähnlich ERMAN S.82; SASSE S.82.

4) Vgl. S.81,66 f.

5) Vgl. § 105,8F.

6) Vgl. Nr. 786.

7) Vgl. FISCHER § 105,94; BECKMANN S.112; SASSE S.67 f.

8) Vgl. HUECK S.93; SASSE S.81,67.

- Gewinn- und Verlustanteile sind in angemessener Weise festzusetzen, wobei Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags heranzuziehen sind, soweit sie nicht fehlerbehaftet sind.¹⁾ Es ist ein den wahren Einlageverhältnissen und sonstigen Beitragsleistungen entsprechender Verteilungsschlüssel zugrunde zu legen.²⁾ Dasselbe gilt von den Kapitalanteilen.³⁾ Auf der Grundlage dieser Neubestimmung sind die bis zur Auflösung vorgenommenen Gewinn- und Verlustzuschreibungen nach dem korrigierten Schlüssel umzurechnen.⁴⁾ Dasselbe gilt von Gewinnauszahlungen und Bareinzahlungen zur Verlustausgleichung.⁵⁾ Beweisschwierigkeiten gehen zu Lasten desjenigen, der die Korrektur verlangt.⁶⁾

Dem Betrogenen wird das Recht eingeräumt, seine noch in Natur vorhandenen Einlagen unter Anrechnung auf seinen Liquidationsanteil zurückzufordern.⁷⁾

Es wird auch befürwortet, daß der Getäuschte in der Auseinandersetzung Schadensersatzansprüche geltend machen kann.⁸⁾ Nach ERMAN kann der Betrogene den Unterschied verlangen zwischen dem, was er in der Auseinandersetzung erhält und demjenigen, was er ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung jetzt im Vermögen haben würde.⁹⁾ Eine Beschränkung auf das positive Interesse komme nur in den im Gesetz genannten Fällen in Betracht. BECKMANN weist darauf hin, daß der Schädiger den Getäuschten aus dem Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich nicht mit einer über §§ 823 ff. BGB hinausgehenden Forderung in Anspruch nehmen könne.¹⁰⁾

1) Vgl. HUECK S.91.

2) Vgl. SCHULTZE=V.LASAUUX § 705,122.

3) Vgl. FISCHER § 105,94; BECKMANN S.117; SASSE S.81,67.

4) Gegen eine Änderung der Bestimmungen über Gewinnverteilung und Verteilung des Liquidationserlöses wendet sich BOESEBECK DR 1943,1224.

5) Vgl. ERMAN S.84 ff.

6) Vgl. ERMAN S.84 ff.

7) Vgl. ERMAN S.81; HUECK S.93; FISCHER § 105,94; ders. NJW 1958,972; BECKMANN S.113; SASSE S.81,67.

8) Vgl. ERMAN S.81 ff.; HUECK S.93; REINHARDT Nr.246; GESSLER § 105,62e; WESTERMANN Nr.786; KESSLER § 705,120; BECKMANN S.118,155; SASSE S.81,68.

9) Vgl. S.86 ff.

10) Vgl. S.155.

Mit Beginn der Auflösung entfällt grundsätzlich auch ein etwa bestehendes Leistungsverweigerungsrecht des Betrogenen.¹⁾

II. Eigene Lösung

Im folgenden soll ein möglichst umfassendes und auf Vollständigkeit angelegtes Rechtsfolgensystem für die infolge arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse entwickelt werden.²⁾

Dies geschieht in Verfolg der oben aufgezeigten Vorgehensweise so, daß die oben genannten Kriterien³⁾ zugrunde gelegt werden, die allerdings unter Beachtung des Regelungsziels des § 123 BGB zum Teil noch der Konkretisierung bedürfen.

1. Das Regelungsziel des § 123 BGB

Unsere Rechtsordnung räumt der freien Willenserklärung eine fundamentale Bedeutung ein. Sie hat dementsprechend eine Reihe von Schutzinstrumenten geschaffen, die die Beeinträchtigung der Willensfreiheit - insbesondere durch fremde rechtswidrige Einflüsse - verhindern oder wieder gut machen sollen.

Im Zusammenhang mit dem § 123 BGB sind insbesondere folgende Instrumente zu nennen:

Zum ersten werden Handlungen bestraft, die die

-
- 1) Vgl. BECKMANN S.116 (und die Ausnahme S.117); SASSE S. 70 f. (und die Ausnahme S.71).
 - 2) Es geht hier allein um diejenigen Fälle, in denen der Gesellschaftsvertrag insgesamt fehlerhaft ist, in denen also der Betrogene ohne die Täuschung den Gesellschaftsvertrag nicht abgeschlossen hätte. Diejenigen Fälle, in denen der Betrug nur einzelne Vertragsbestimmungen betrifft, führen in der Regel nicht zur Fehlerhaftigkeit des Vertrags, weil entweder eine salvatorische Klausel vereinbart worden ist oder die Rechtsprechung vermöge einer Umkehr der Vermutung in § 139 BGB eine solche Klausel praktisch in jeden Vertrag hineinliert, vgl. BGH WM 1962,462,463. In den hier behandelten Fällen der insgesamt fehlerhaften Gesellschaftsverträge wird es allerdings häufig so sein, daß zusätzlich einzelne Vertragsklauseln fehlerbehaftet sind.
 - 3) Vgl. oben S.30 f.

Willensfreiheit beeinträchtigen sollen oder beeinträchtigt haben (§§ 253 und 240 beziehungsweise 263 StGB). Wenn ein Fall des § 123 BGB vorliegt, so ist in aller Regel zugleich einer dieser Straftatbestände verwirklicht.

Zum zweiten ermöglicht das Zivilrecht es dem Betroffenen, sich in der Form des Schadensersatzes einen gewissen Ausgleich zu verschaffen (§ 826 BGB und § 823 Abs.2 BGB in Verbindung mit den genannten Strafgesetzen).

Zum dritten soll der Betroffene nach der Wiederherstellung seiner Willensfreiheit die Möglichkeit besitzen, sich von seiner im Zustand der Unfreiheit abgegebenen Erklärung loszusagen (§ 123 BGB). Damit gewinnt er in erster Linie für die Zukunft seine Handlungsfreiheit wieder zurück. Das allgemeine Recht (§ 142 BGB in Verbindung mit den §§ 812 ff., 985 BGB) weist ihm zudem die Möglichkeit zu, unter bestimmten Umständen auch das bereits Geleistete zurückzufordern. Die Vorschrift des § 123 BGB verfolgt also zwei Ziele:

Erstens soll über das Geleistete eine Abwicklung geschehen (Blickrichtung Vergangenheit).

Zweitens soll der Betroffene seine Handlungsfreiheit wieder gewinnen (Blickrichtung Zukunft).

2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems

Zu Kriterium 1 a :

Das erste der beiden soeben aufgezeigten Regelungsziele des § 123 BGB verlangt eine Abwicklung. Es ist zu untersuchen, ob im Fall der arglistigen Täuschung das Gesetz eine Abwicklung gerade nach allgemeinem Recht verlangt oder ob auch die grundsätzlich dem Gesellschaftsverhältnis angemessenere Abwicklung nach Gesellschaftsrecht mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist. Hierbei ist auf die Tatsache abzustellen, daß es sich bei dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrags um ein Risiko handelt, welches der Kaufmann typischerweise auf sich nimmt und welches ihm die Rechtsordnung nicht

abnehmen kann und soll. Zu diesem Risiko gehört einerseits bei Gelingen des Wagnisses ein angemessener Gewinn und andererseits beim Fehlschlagen ein Verlust. Dieses Risiko hat auch der betrogene Gesamthänder auf sich genommen. Die Rechtsordnung hilft ihm insoweit, als er ab sofort wieder aus dem Risikogeschäft heraus darf, ferner dadurch, daß sie eine Abwicklung über die Vergangenheit anordnet. Die Rechtsordnung verlangt aber nicht zwingend eine bestimmte Form der Abwicklung; insoweit nimmt sie dem Betrogenen sein Risiko nicht ab. Es ist also kein Grund ersichtlich, wonach die Abwicklung gerade in der für den Getäuschten günstigsten Weise erfolgen müßte. Vielmehr konkretisiert sich sein Risiko dergestalt, daß die geleisteten Einlagen nach Gesellschaftsrecht abgewickelt werden, auch auf die Gefahr hin, daß der Betrüger auf diese Weise mehr bekommt und der Betrogene weniger bekommt als bei einer Abwicklung nach allgemeinem Recht.

Zu Kriterium 1 b :

Die Abwicklung muß darauf abstellen, daß der Betrogene für die Zukunft - und das heißt grundsätzlich : a b s o l u t - seine Handlungsfreiheit wieder gewinnt.

Zu Kriterium 2 :

Dieses Kriterium bedarf zu seiner Konkretisierung keiner besonderen Ausführungen.

Zusammenfassung :

Die Rechtsfolgen für die wegen arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse ergeben sich unter Anwendung der folgenden Kriterien.

1 a Die gebotene Abwicklung geschieht grundsätzlich nach Gesellschaftsrecht; die geleisteten Einlagen werden also nach Gesellschaftsrecht abgewickelt, auch auf die Gefahr hin, daß der Betrogene auf diese Weise Verluste erleidet; es bleibt diesem lediglich ein Ausgleich über Schadensersatzansprüche.

1 b Die Abwicklung muß grundsätzlich dem Betrogenen sofort nach Anfechtung seine Handlungsfreiheit wieder verschaffen.

2 a Das Unternehmen ist nach Möglichkeit zu erhalten.

- 2 b Im Fall eines Gründungsvertrags soll grundsätzlich der Betrogene statt der Auflösung der Gesamthand gegebenenfalls auch die Unternehmensübernahme unter den Voraussetzungen der §§ 140, 142 HGB betreiben können.
- 2 c Bei den Beitrittsfällen soll der alte Unternehmensinhaber grundsätzlich auch zukünftig wieder Inhaber werden. Der betrogene neue Teilhaber kann ausnahmsweise Unternehmensinhaber werden, indem er die Klage nach §§ 140, 142 HGB erfolgreich betreibt. Der besondere Schutz des Betrogenen wird dadurch gewährleistet, daß ihm die Möglichkeit der wirksamen Sicherung seiner Einlage eröffnet wird.
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

BEITRITTSFÄLLE

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, daß der Beitretende den Altunternehmer getäuscht hat und dem Fall, daß der Altunternehmer den Beitretenden getäuscht hat.¹⁾

1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer getäuscht

Bereich 1 :

Eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht (vgl. Krit. 1 a) setzt das Bestehen einer Gesamthandsgemeinschaft mit Gesamthandsvermögen voraus. Aus diesem Grund ist es erforderlich, den Zusammenschluß zwischen betrogenem Altunternehmer und betrügerischem neuen Teilhaber als Gesamthandsgemeinschaft zu behandeln und das Unternehmen als Gesamthandsvermögen. Dies entspricht im juristischen Bereich der wirtschaftlichen Tatsache, daß das Unternehmen, in welchem die Einlagen auf-

1) Der Fall, daß ein Einzelkaufmann Alleininhaber war, wird dem Fall gleichgestellt, daß eine Gesellschaft Unternehmensinhaber war.

gegangen sind, von den Vertragsparteien gemeinschaftlich betrieben wird.

Diese Gesamthand eigener Art kann dann "fehlerhafte Gesellschaft" genannt werden, wenn man sich bewußt macht, daß nicht schon aus dieser Bezeichnung rechtliche Folgerungen abgeleitet werden können. Mit dieser Einschränkung können die Gesamthänder als "Gesellschafter" bezeichnet werden.

Die Abwicklung dieser Gesamthand nach Gesellschaftsrecht setzt voraus, daß auch die in der Vergangenheit geschehenen rechtlichen und tatsächlichen Vorgänge nach Gesellschaftsrecht beurteilt werden. Hieraus folgt, daß in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend ist (§ 109 HGB analog).

Im einzelnen ergibt sich somit folgende rechtliche Beurteilung.¹⁾

Die Maßnahmen der Geschäftsführung und die Beschlüsse der Gesamthänder sind gültig (§ 116 Abs.1 und Abs.2 HGB analog). Dies gilt auch dann, wenn der Betrogene unter dem Einfluß des Betrugs einer objektiv nicht gerechtfertigten Regelung über die Geschäftsführung oder über das Gewicht seiner Stimme bei Beschlüssen zugestimmt hat. In der Sanktionierung des Geschehenen konkretisiert sich das Risiko des Betrogenen. Auch Änderungen des Gesellschaftsvertrags sind hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Vergangenheit gültig.

Aus dem Gesellschaftsvertrag sind für die Vertragsparteien Rechte und Pflichten entstanden; insbesondere Ansprüche auf Gewinn und auf Auseinandersetzungsguthaben sowie Stimmrecht, Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse einerseits, Einlagepflicht, Treupflicht, Konkurrenzverbot, Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung andererseits.

1) Es versteht sich von selbst, daß auch dieses auf Vollständigkeit angelegte Rechtsfolgensystem Lücken nicht vermeiden kann. Der Vorteil dieses Systems besteht darin, daß solche Lücken durch Zurückgreifen auf die eingangs formulierten Kriterien nahtlos geschlossen werden können.

Übereignungen und sonstige Verfügungen gegenüber dem Gesamthandsvermögen sind wirksam. Verfügungen über Gegenstände aus diesem Vermögen konnten wirksam nur von den vertretungsberechtigten Gesamthändlern vorgenommen werden.

Für das Außenverhältnis gilt weiter, daß Verträge und Willenserklärungen der Gesamthand dann verbindlich sind, wenn sie von dem vertretungsberechtigten Gesamthändler oder einem Bevollmächtigten abgegeben worden sind. Die Gesamthand ist Träger von Rechten und Pflichten, sie haftet mit ihrem Sondervermögen für die Verpflichtungen; für die Verpflichtungen der Gesamthand haften im Rahmen der §§ 128, 171 HGB auch die Gesamthändler. Der betrügerische neue Mitinhaber haftet nicht nur für die während seiner Zugehörigkeit zu der Gesamthand entstandenen Verbindlichkeiten, sondern auch für die Altschulden des Unternehmensinhabers im Rahmen der §§ 28, 130, 173 HGB.

Bereich 2 :

Nach dem Kriterium 1 b ist grundsätzlich dem Betrogenen seine Handlungsfreiheit sofort wieder zu verschaffen. Diesem Gebot kommt am besten der Vorschlag von FISCHER entgegen, der dem betrogenen Altunternehmer eine rechtsgestaltende Übernahmeerklärung zugesteht.¹⁾ Eine andere Ansicht fordert hingegen auch für diesen Fall ein Gestaltungsurteil²⁾, wobei sie für ein Urteil analog §§ 140, 142 HGB sogar einen wichtigen Grund im Sinne dieser Vorschriften für erforderlich hält.³⁾ Die Verlagerung der Entscheidung auf den Richter hat den Zweck, angesichts der Bedeutung und der Schwierigkeit der Entscheidung und zur Verhinderung von Mißbrauch eine verbindliche und möglichst richtige Klärung zu erreichen.

Es besteht also ein Konflikt zwischen dem Interesse an der Verbindlichkeit und Richtigkeit einer Entscheidung (und damit der Abwehr mißbräuchlicher Ausübung der Anfechtung) auf der einen Seite und dem Interesse an

1) Vgl. NJW 1958, 972 f.; ebenso BAUMBACH-DUDEN § 105, 8 H; BODE S. 27.

2) Vgl. HUECK S. 96 N. 74; WESTERMANN Nr. 784.

3) Vgl. etwa HUECK S. 87; GESSLER § 105, 62d.

der Schnelligkeit einer Loslösung auf der anderen Seite. In der Regel wird der des Betrugs bezichtigte neue Mitinhaber ein Interesse an gerichtlicher Klärung besitzen und der Altunternehmer ein Interesse an schneller, also außergerichtlicher Wiedergewinnung seiner Alleininhaberschaft. Zur Entscheidung darüber, welchem Interesse für diesen Beitrittsfall der Vorrang zu geben ist, sind die beiden Möglichkeiten in ihren Einzelheiten zu untersuchen.

Wenn man dem Altunternehmer ein Übernahmerecht mit sofortiger Wirkung zubilligt, so kann dies *j e d e r* Altunternehmer (nicht nur ein wirklich betrogener) dazu benutzen, einen unliebsamen neuen Partner mit der erfundenen oder eingebildeten Behauptung auszuschalten, dieser habe ihn bei Vertragsschluß arglistig getäuscht. Hat sich der Altunternehmer eine starke Stellung in dem Unternehmen vorbehalten - wie dies gewöhnlich der Fall sein dürfte -. so kann er auf diesem Weg sofort das Unternehmen wieder allein in die Hand nehmen, Gewinnauszahlungen an den neuen Teilhaber blockieren, ihm das Betreten der Geschäftsräume verbieten, den Einblick in die Bücher verweigern und ihn in vielfacher anderer Weise benachteiligen. Dem ausgeschalteten neuen Mitinhaber bliebe nichts anderes übrig, als sein Recht im Wege der Feststellungsklage zu suchen (Klage auf Feststellung, daß ein wirksames Gesellschaftsverhältnis besteht) oder jedes einzelne Recht im Wege der Leistungsklage durchzusetzen. In diesen Prozessen hätte der Altunternehmer die Beweislast für den Betrug des neuen Mitinhabers.

Wenn man den Altunternehmer auf den Weg der Gestaltungsklage verweist, dann wird die Gefahr beseitigt (oder wenigstens erheblich verringert), daß ein Altunternehmer mit der Behauptung einer arglistigen Täuschung Mißbrauch treibt. Andererseits ist zu bedenken, daß in der Zeit bis zum Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils der neue Mitinhaber weiterhin seine vertraglichen Rechte behalten würde; hat er sich Ent-

scheidungsrechte oder einen ungerechtfertigt hohen Gewinnanteil einräumen lassen, so würde der wirkliche Betrüger aus seiner unerlaubten Handlung weiterhin Vorteile ziehen, die ihm eigentlich nicht zukommen. Hiergegen könnte man jedoch dem Altunternehmer die Möglichkeit einräumen, durch Klage analog §§ 117, 127 HGB (unter Umständen durch einstweilige Verfügung) dem Betrüger die Leitungsrechte für die Dauer des Rechtsstreits im Gestaltungsprozeß entziehen zu lassen. Besitzt der Altunternehmer die Geschäftsführung oder hat er sie sich auf dem genannten Weg vorläufig verschafft, so kann er ungerechtfertigte Gewinnauszahlungen an den neuen Mitinhaber einstellen. In entsprechender Weise kann der Altunternehmer dem neuen Mitinhaber andere Rechte vorläufig entziehen oder entziehen lassen.

Legt man diese beiden Fallgestaltungen der Interessenabwägung zugrunde, so fällt die Entscheidung zugunsten einer Verpflichtung des Altunternehmers, die Gestaltungsklage zu erheben. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Die Einlage des Altunternehmers ist das Unternehmen. Aus der besonderen Natur dieser Einlage folgt, daß auch bei der Verweisung auf den Weg der Gestaltungsklage die Forderung danach, daß der Altunternehmer sofort seine Handlungsfreiheit wieder erhalten soll, im wesentlichen erfüllt wird. Denn Wiederherstellung der Handlungsfreiheit bedeutet nichts anderes als Verfügungsmöglichkeit über die Einlage. Diese Verfügungsmöglichkeit besitzt aber der Altunternehmer schon während des Zeitraums, in welchem die Gestaltungsklage rechtshängig ist. Soweit diese Verfügungsmöglichkeit durch Rechte des neuen Mitinhabers gestört ist, kann diese Störung auf dem soeben gezeigten Weg des vorläufigen Rechtsschutzes vorübergehend ausgeschaltet werden. Auf diese Weise ist auch dem Kriterium 2 c Genüge getan, wonach der Betroffene (der Altunternehmer) seine Einlage wirksam gesichert erhalten soll.

Bringt die Verweisung auf die Gestaltungsklage dem Altunternehmer keinen erheblichen Nachteil, so würde die Ermöglichung der Übernahme durch einfache Erklärung dem in Wirklichkeit nicht betrügerischen neuen Mitinhaber schwerwiegende Nachteile zufügen, da er sich die Mitinhaberschaft erst wieder gerichtlich "erkämpfen" müßte.

Als zusätzlicher Grund spricht für die Gestaltungsklage, daß auf diese Weise dem Altunternehmer bis zum Rechtskräftigwerden des Urteils die Mithaftung des Betrügers für die während der Prozeßdauer begründeten Verbindlichkeiten erhalten bleibt.

Bisher wurde nur allgemein von "der" Gestaltungsklage gesprochen. Es bleibt zu klären, ob der Altunternehmer statt der Auflösungsklage¹⁾ gegebenenfalls auch die Ausschluß- oder Übernahmeklage erheben darf. Mit der Lehre²⁾ ist dies zu bejahen. Die Begründung ergibt sich aus der Forderung nach dem Bestandsschutz für das Unternehmen (Krit. 2 a, vgl. auch Krit. 2 c).³⁾ Gegen die herrschende Lehre⁴⁾ ist aber anzunehmen, daß die Klage nach §§ 140, 142 HGB (analog) bereits aufgrund des Betrugs durchgreift, ein wichtiger Grund im Sinne dieser

-
- 1) Mit einem Teil der Lehre (vgl. S.44 N.1) und mit der neueren Rechtsprechung (vgl. S.37 N.5) ist anzunehmen, daß der Altunternehmer statt der Auflösung durch Urteil auch die Auflösung durch Kündigung herbeiführen kann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart ist. In aller Regel wird aber der Altunternehmer statt der Auflösung der Gesamthand mit anschließender Liquidation die Ausschließung des Betrügers betreiben.
 - 2) Vgl. etwa HUECK S.87; FISCHER § 105,93; KESSLER § 705,119.
 - 3) Es ist allerdings möglich, daß im einzelnen Fall auch nach einem Auflösungsurteil das Unternehmen erhalten werden kann; daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, die Regelung in § 142 HGB (Übernahmeklage) besitze keine bestandsschützende Wirkung (gegen SANDROCK JR 1969,324).
 - 4) Vgl. FISCHER § 105,93; HUECK S.87; GESSLER § 105,62d.

Vorschriften also nicht erforderlich ist.¹⁾ Denn ansonsten würde eine Übernahme (Ausschließungs-) - Klage weniger aussichtsreich sein als eine Auflösungsklage und dies hätte zur Folge, daß in der Regel doch die unternehmensgefährdende Auflösungsklage bevorzugt würde. Damit würde der wirtschaftlich und rechtlich sinnvolle Bestandsschutz für das Unternehmen in Frage gestellt.²⁾

Die Frist, in welcher die Gestaltungsklage erhoben werden muß, ergibt sich aus § 124 BGB.³⁾ Im einzelnen Fall kann ein bis zu einjähriges Zuwarten bei weiterer Zusammenarbeit den Altunternehmer der Gefahr der Verwirkungseinrede aussetzen.

Bereich 3 :

Als Grundsatz gilt auch für die Übergangszeit bis zum Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils, daß die Beziehungen der Vertragsparteien sich nach Gesellschaftsrecht auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags richten (vgl. Krit. 1 a). Diese Feststellung wird dadurch in ihrem Inhalt eingeschränkt, daß der Interessenkonflikt, der schon für den 2. Problembereich bestimmend war, auch den 3. Bereich beherrscht :

Einerseits soll das Regelsystem dem wirklich betroffenen Altunternehmer schon ab Klageerhebung die ungestörte Verfügung über das Unternehmen ermöglichen, andererseits soll dieses System nicht einem in Wahrheit nicht getäuschten Altunternehmer zum Mißbrauch

-
- 1) Wie hier auch KESSLER § 705,119.
 - 2) Die abweichende Ansicht der herrschenden Lehre erklärt sich aus der undifferenzierten Gleichbehandlung von Gründungs- und Beitrittsfällen. Für Gründungsfälle ist der Lehre zuzustimmen, daß auch der Betrogene nicht allein aufgrund des Betrugs in den Unternehmensbesitz gelangen soll, da das Unternehmen von dem Betrüger mit aufgebaut worden ist. Im ersten Beitrittsfall hingegen hat der Betrüger schon ein Unternehmen vorgefunden. Es ist nicht einzusehen, wieso der neue Mitinhaber im Genuß der Teilhaberschaft soll bleiben dürfen, nur weil er außer dem Betrug keinen wichtigen Grund im Sinne der §§ 140,142 HGB geliefert hat.
 - 3) So auch die Lehre, vgl. oben S.43 N.2.

dienen.¹⁾ Dieser Konflikt kann sich in diesem Bereich unter Umständen mehrere Jahre lang auf eine Vielzahl von Einzelproblemen auswirken.²⁾

Diese Interessenkollision ist allerdings durch die Entscheidung für das Erfordernis einer Gestaltungsklage zum Teil schon entschärft. Denn die Verpflichtung zur Klage dürfte einen nicht getäuschten Altunternehmer im Hinblick auf die Kosten von einem Mißbrauch abhalten; er wird nur dann Klage erheben, wenn er subjektiv von dem Betrug überzeugt ist. Das Klageerfordernis kommt also dem neuen Teilhaber zugute; als Ausgleich hierfür ist dem Altunternehmer die Möglichkeit einzuräumen, für die Übergangszeit die Rechtslage zu seinen Gunsten vorläufig zu gestalten. Er kann also durch Klage oder einstweilige Verfügung Vertragsklauseln, die durch den Betrug beeinflusst worden sind, mit Wirkung ex nunc vorläufig bis zur Entscheidung über die Gestaltungsklage außer Kraft setzen lassen.³⁾ Auf diese Weise kann er sich diejenigen Unternehmerbefugnisse sichern, die ihm ohne den angeblichen Betrug zustehen würden. Von seinem Recht auf Vertragskorrektur wird er insbesondere dann Gebrauch machen, wenn der neue Teilhaber entscheidende

-
- 1) Dieser Interessenkonflikt tritt keineswegs nur bei fehlerhaften Gesellschaftsverhältnissen auf; bei der intakten Gesellschaft ist die Lage ähnlich, wenn ein Gesellschafter Klage nach §§ 133 oder 140, 142 HGB erhoben hat mit der Begründung, in der Person eines anderen Gesellschafters liege ein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschriften vor.
 - 2) Diese Interessenkollision spielt in den Bereichen 1 und 4 keine Rolle: Im Bereich 1 liegt ein abgeschlossener Zeitraum zur Beurteilung vor, der für beide Fälle (der Betrug wird nachgewiesen oder er wird nicht nachgewiesen) die gleiche Behandlung erfordert, nämlich Beurteilung der Rechtslage nach Gesellschaftsrecht; im Bereich 4, also nach Rechtskraft des Gestaltungsurteils, herrscht Gewißheit darüber, daß ein Betrug geschehen ist. Im Bereich 2 wirkt sich der Konflikt zwar auch aus; im Unterschied zum 3. Bereich handelt es sich dabei aber nur um ein einziges Problem, um eine punktuelle Entscheidung, nicht um die Gestaltung einer großen Zeitspanne mit einer Vielzahl von Einzelproblemen.
 - 3) Eine einstweilige Verfügung ist auch im Rahmen der §§ 117, 127 HGB möglich, vgl. BGHZ 33, 105.

Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnisse besitzt. Ist nämlich der Altunternehmer alleiniger Geschäftsführer und Vertreter der Gesamthand, dann wird er ungerechtfertigte Vertragsklauseln nicht zur Ausführung gelangen lassen, etwa dem neuen Teilhaber keinen ungerechtfertigt hohen Gewinn auszahlen. Ist der neue Teilhaber damit nicht einverstanden, muß er sein Recht im Wege der Klage suchen. Die Beweislast bezüglich des Betrugs hat in all diesen Fällen der Altunternehmer. Hierdurch wird der neue Teilhaber hinreichend geschützt. Ferner hat der Altunternehmer grundsätzlich zu beweisen, daß die betreffende Vereinbarung gerade infolge des Betrugs getroffen worden ist. Es kann aber auch der Fall auftreten, daß der neue Teilhaber eine an sich gerechtfertigte Geschäftsführer (Vertreter-) - Stellung benutzt, um fehlerbehaftete Vertragsklauseln zu Lasten des Altunternehmers zur Ausführung zu bringen. In solchen Fällen muß die Klage des Altunternehmers nach §§ 117, 127 HGB analog schon dann Erfolg haben, wenn er außer dem Betrug die Mißbrauchsgefahr beweist.

Der neue Teilhaber (der Betrüger) hat grundsätzlich kein Recht zur Verweigerung seiner vertraglichen Verpflichtungen.

Er bleibt für die Übergangszeit nach außen haftender Gesamthänder.

Der neue Teilhaber kann von dem Altunternehmer Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen verlangen, denn ihm steht nach dem Ende der Übergangszeit mindestens ein Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben zu. Also darf der Altunternehmer nichts tun oder unterlassen, was diesen Anspruch gefährden könnte. Wendet der Altunternehmer gegen das Erfüllungsverlangen Arglist ein, so hat er also nicht nur zu beweisen, daß er betrogen worden ist, sondern zusätzlich, daß die Verweigerung der Erfüllung den Anspruch des Betrügers in der Abwicklung nicht gefährden kann. Aus demselben Grund hat der neue Teilhaber ein Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführungsmaßnahmen des Altunternehmers, die seinen Anspruch auf das Abfindungs- oder das Auseinandersetzungsguthaben gefährden könnte.

Auch für diesen Bereich ist zu beachten, daß das Unternehmen nach Möglichkeit fortbestehen soll (vgl. Krit. 2 a), entweder in der Hand des Altunternehmers (vgl. Krit. 2 c) - bei Erfolg seiner Klage - oder in der Hand der Gesamthand - bei Klageabweisung. Daher sind unternehmerische Entscheidungen während der Übergangszeit im Prinzip von dem Streit um die Unternehmensinhaberschaft freizuhalten. Ist etwa eine Erweiterung des Unternehmens geplant, so steht ihrer Vornahme rechtlich nichts im Wege; denn da allenfalls die Gesamthand einer Auflösung entgegensieht, nicht aber das Unternehmen seiner Beendigung, gibt es rechtlich keine Veranlassung, auf Erweiterungen oder sonstige Investitionen zu verzichten.

An diesen Ausführungen läßt sich erkennen, daß für die Übergangszeit eine sachgerechte Lösung der Einzelprobleme aus einem Guß möglich ist, indem ein Mittelweg zwischen dem Interesse eines wirklich Betroffenen und dem Interesse eines nur vermeintlichen Betrügers gesucht wird.

Wird die Gestaltungsklage abgewiesen, weil der neue Teilhaber nicht betrogen hat, so kann er im Wege des Schadensersatzes Ausgleich verlangen. Sollte sich die gerichtliche Entscheidung über die vorübergehende Änderung in Geschäftsführung und Vertretung als ungerechtfertigt erweisen, dann bleibt es dennoch bei der rechtlichen Wirksamkeit der aufgrund der veränderten Befugnisse getroffenen Maßnahmen.

Bereich 4 :

Die Abwicklung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses geschieht nach Gesellschaftsrecht (vgl. Krit. 1 a).¹⁾ Dies bedeutet für den ersten Beitrittsfall im einzelnen folgendes.

1) Für den Fall, daß vor Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils die Gesamthand aus anderen Gründen aufgelöst wird, kommt es zur Liquidation der Gesamthand unter Einschluß des neuen Teilhabers; für diese Liquidation gilt das unten zum Gründungsfall Gesagte entsprechend.

Mit Rechtskräftigwerden des Ausschluß- beziehungsweise Übernahmehurteils¹⁾ ist der Altunternehmer wieder alleiniger Unternehmensinhaber. Der Betrüger verliert seine "Gesellschafter"-Rechte und -Pflichten mit Wirkung ex nunc, seinen Anspruch auf das Abfindungsguthaben ausgenommen. Dieses Guthaben ist nach denselben Grundsätzen zu errechnen, wie sie beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer intakten Gesellschaft gelten. Also ist für die Berechnung des Guthabens durch Erstellung einer Abschichtungsbilanz in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Erweist es sich, daß die hiernach einschlägigen Vertragsbestimmungen fehlerbehaftet sind, so ist auf Verlangen des Betrogenen eine Korrektur vorzunehmen. Bei der Berechnung wird also der wirkliche Wert der Beteiligung und der Einlagen des Betrügers zugrunde gelegt. Erklärt sich der Betrüger mit diesem Betrag nicht einverstanden, so ist er auf die Leistungsklage angewiesen. In diesem Prozeß hat der Altunternehmer zu beweisen, daß die von ihm vorgenommene Korrektur dem objektiven Beteiligungsverhältnis entspricht.

Für die Zeit ab Klageerhebung bis zum Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils (Bereich 3) konnte der Altunternehmer überhöhte Gewinnauszahlungen und sonstige ungerechtfertigte Leistungen an den Betrüger verhindern, indem er von den im dritten Bereich aufgezeigten Möglichkeiten Gebrauch machte. Hat er dieses unterlassen und hat deshalb der Betrüger weiterhin zuviel ausgezahlt erhalten, so kann dies nicht mehr rückgängig gemacht werden.

1) Für den Ausnahmefall, daß der Altunternehmer die Auflösungsklage wählt, hat nach dem Rechtskräftigwerden des Urteils eine Liquidation stattzufinden; für diese gilt das unten zum Gründungsfall Gesagte entsprechend.

Einen gewissen Ausgleich kann der Altunternehmer über das Schadensersatzrecht (insbesondere § 826 BGB und § 823 Abs.2 BGB mit § 263 StGB) erreichen. Nach § 249 BGB erhält der Altunternehmer den Differenzbetrag zwischen seinem jetzigen Vermögen und dem Vermögen, das er ohne das schädigende Ereignis (den Betrug bei Abschluß des Beitrittsvertrags) hätte. Ohne den Betrug wäre der Beitrittsvertrag nicht abgeschlossen worden - vgl. oben S.50 N.2. Also ist für die Schadensersatzberechnung dasjenige Vermögen zugrunde zu legen, welches ohne den Beitrittsvertrag bestanden hätte, nicht hingegen dasjenige Vermögen, welches bei korrektem Beitrittsvertrag bestanden hätte.¹⁾

Für Verbindlichkeiten der Gesamthand haftet der Betrüger im Rahmen des § 159 HGB; man wird ihm aber nicht den Anspruch gegen den Altunternehmer auf Freistellung von den Verbindlichkeiten versagen können (§ 738 Abs.1 BGB).

2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden getäuscht

Bereich 1 :

Die rechtliche Beurteilung der Zeitspanne bis zur Geldtendmachung des Betrugs weist in dem zweiten Beitrittsfall keine Besonderheiten gegenüber dem ersten Beitrittsfall auf. Die Differenzierung nach der Beziehung der Vertragsparteien zum Unternehmen erweist sich erst für die anderen drei Bereiche als sinnvoll.

Bereich 2 :

Aus dem Regelungssystem des § 123 BGB hatte sich ergeben, daß der Betrogene sofort seine Handlungsfreiheit wieder gewinnen soll (vgl. Krit. 1 b). Hieraus ist mit

- 1) Würde man dasjenige Vermögen zugrunde legen, welches bei korrektem Beitrittsvertrag bestanden hätte, dann würde auf diesem Wege im Ergebnis doch wieder eine Abwicklung nach allgemeinem Recht vorgenommen werden. Damit würden die Bestrebungen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und die der Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse ins Leere laufen.

der Mindermeinung in der Literatur¹⁾ zu schließen, daß dem getäuschten neuen Mitinhaber die Möglichkeit zu geben ist, umgehend aus der Gesamthand auszuschcheiden; ihm ist also ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen. Dies ist auch unter Berücksichtigung des schon mehrfach angesprochenen Interessenkonflikts gerechtfertigt, der auch im zweiten Beitrittsfall besteht. Dem Interesse eines wirklich betrogenen neuen Mitinhabers an der wirksamen Sicherung seiner Einlage steht auch hier das Interesse eines in Wahrheit nicht betrügerischen Altunternehmers an dem Behalten der eingebrachten Gegenstände in dem Unternehmen gegenüber. Die Zubilligung eines Rechts auf fristlose Kündigung könnte ein neuer Teilhaber dazu mißbrauchen, aus der Gesamthand mit der Behauptung auszuschcheiden, betrogen worden zu sein. Ein Anleger kann etwa über eine niedrige Rendite enttäuscht sein und daher sein Kapital lieber in ein anderes Objekt mit größeren Gewinnaussichten transferieren wollen.

Wägt man die Interessen der beiden Betroffenen gegeneinander ab, so wird man in diesem Fall dem wirklich Betrogenen (also dem neuen Mitinhaber) vor dem nur vermeintlichen Betrüger (also dem Altunternehmer) den Vorrang geben müssen.

Denn der betrogene neue Teilhaber besitzt keine andere wirksame Möglichkeit, seine Einlage zu sichern und die Haftung für weitere Verbindlichkeiten zu vermeiden, als die sofortige Lösung aus der Gesamthand. In der Regel würde er weitere Verluste erleiden, wenn er bis zu einem Auflösungsurteil in einem notleidenden Unternehmen festgehalten würde. Selbst bei sofortiger Lösung wird er häufig noch klagen müssen, um an seine noch im Unternehmen befindliche Einlage und an seine Abfindung zu gelangen.

Der nicht betrügerische Altunternehmer erleidet im Regelfall durch die fristlose Kündigung des anderen keinen Nachteil. Denn er kann die Herausgabe der Einlage und eine Abfindungszahlung verweigern und der Klage

1) Vgl. FISCHER § 105, 102; ders. NJW 1958, 972 f.; SIEBERT, Fakt. Vertragsverhältnisse, S. 65; BAUMBACH-DUDEN § 105, 8 J.

des anderen entgegensehen; in diesem Gerichtsverfahren muß der neue Teilhaber den Betrug beweisen. Nur für den Fall, daß der neue Teilhaber eine gegenständliche Leistung noch nicht erbracht hat oder eine persönliche Leistung einstellt, kann der Altunternehmer bei sofortiger Lösungsmöglichkeit des neuen Teilhabers einen Schaden erleiden. Er ist dann seinerseits auf Erfüllung- beziehungsweise Schadensersatzklage angewiesen; auch in diesem Prozeß hat der neue Mitinhaber den Betrug zu beweisen. Daß die Gefahr der Leistungsverweigerung seitens des neuen Teilhabers letztlich den Ausschlag für die Entscheidung über den Interessenkonflikt nicht geben kann, ergibt sich daraus, daß auch bei der Entscheidung gegen das Recht auf fristlose Kündigung der auf die Auflösungsklage verwiesene neue Teilhaber die Leistung der Einlage verweigern könnte und also der Altunternehmer auch dann auf Leistungserfüllung klagen müßte.¹⁾

Vergleicht man den ersten mit dem zweiten Beitrittsfall, so zeigt sich, daß der getäuschte neue Mitinhaber (zweiter Beitrittsfall) gegenüber dem getäuschten Altunternehmer (erster Beitrittsfall) bevorzugt ist, da der Altunternehmer die Abwicklung nur durch Gestaltungsurteil auslösen kann, der neue Mitinhaber hingegen schon durch fristlose Kündigung. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch sachlich gerechtfertigt, da die Natur der Einlagen, welche der eine und der andere je versprochen hat, grundsätzlich verschieden ist.

Der betrogene Altunternehmer hat sein U n t e r - n e h m e n eingebracht und will dieses wieder zu seiner alleinigen Verfügung. Durch die oben aufgezeigte Lösung im Bereich 3 wird dies gewährleistet, ohne daß seine Einlage (das Unternehmen) bis zur richterlichen Entscheidung weiteren Schaden nimmt. Im Gegenteil haftet der neue Mitinhaber bis zur richterlichen Entscheidung noch für die Schulden der Gesamthandsgemeinschaft.

Der betrogene neue Mitinhaber hat nicht ein Unterneh-

1) Vgl. BGHZ 26,330; OLG Köln BB 1970,1460; BGH NJW 1973,1406; BGH WM 1974,318.

men eingebracht, sondern einen G e g e n s t a n d oder eine p e r s ö n l i c h e L e i s t u n g (etwa Geschäftsführung), welche Einlagen in dem Unternehmen aufzugehen bestimmt sind.

Hat er die Einlage schon geleistet, so kann er über die Einlage nicht ohne weiteres wieder verfügen, sondern müßte sie erst wieder aus dem Unternehmen wieder herauslösen. Wenn das Unternehmen notleidend ist, wird die Gefahr für die Einlage des neuen Mitinhabers um so größer, je länger er warten muß, bis er wieder auf sie zurückgreifen kann, da seine Einlage den Gläubigern der Gesamthand zur Befriedigung dient. Zudem haftet er auch mit seinem Privatvermögen für die neu entstehenden Verbindlichkeiten, ohne noch ein Interesse an der Zukunft des Unternehmens zu besitzen.

Hat er die Einlage noch nicht geleistet, so hat er ein schutzwertes Interesse daran, sie zu behalten, anstatt sie in einem unter Umständen notleidenden Unternehmen anzulegen, von dem er sich trennen möchte.

Der neue Mitinhaber, nicht der Altunternehmer, besitzt also ein berechtigtes Interesse an einem Instrument, das zur sofortigen Beendigung der Gesamthandsgemeinschaft führt. Diesem Interesse muß aus den genannten Gründen unter Zurückstellung des Interesses an einer gerichtlichen Klärung der Rechtslage durch Zubilligung eines Rechts auf fristlose Kündigung Rechnung getragen werden. Es versteht sich von selbst, daß es dem Betroffenen freisteht, statt der fristlosen Kündigung den Weg der Auflösungsklage einzuschlagen.

In besonders gelagerten Fällen kann es ungerecht sein, dem betrügerischen Altunternehmer das Unternehmen zuzusprechen, etwa dann, wenn der neue Teilhaber das notleidende Unternehmen durch seine Leistung wieder in die Höhe gebracht hat. In solchen Fällen hat der neue Teilhaber die Möglichkeit der Unternehmensübernahme, indem er den Weg der Klage analog §§ 140, 142 HGB beschreitet.

Bereich 3 :

Mit der Kündigung durch den Betrogenen wird die Abwicklung ausgelöst; eine Übergangszeit gibt es also nicht. Daher entfällt der 3. Problembereich.¹⁾ Der Streit um ein Leistungsverweigerungsrecht des betrogenen neuen Teilhabers²⁾ ist nach der hier vertretenen Auffassung also obsolet.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geht auch hier nach Gesellschaftsrecht vor sich (vgl. Krit. 1 a).³⁾

Der betrügerische Altunternehmer ist also zukünftig wieder alleiniger Unternehmensinhaber (vgl. Krit. 2 c); er hat den ausscheidenden Betrogenen von Ansprüchen Dritter freizustellen (§ 738 Abs.1 BGB analog).

Der Betrogene wird mit seinem Ausscheiden aus der Gesamthand sämtlicher gesellschaftsvertraglicher Rechte und Verpflichtungen mit Wirkung ex nunc ledig, seinen Anspruch auf das Abfindungsguthaben ausgenommen.

Es ist eine Abschichtungsbilanz zur Errechnung dieses Abfindungsguthabens zu erstellen. Für diese Berechnung ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Auf Verlangen des Betrogenen ist die Berechnung auf der Grundlage des wirklichen Beteiligungswerts vorzunehmen; zu diesem Zweck ist gegebenenfalls eine Rückrechnung ab Beitritt des Betrogenen vorzunehmen.

Der Wert der noch nicht erbrachten Einlagen ist von dem Guthaben abzuziehen. Der betrügerische Altunternehmer kann nicht mehr Leistung der Einlagen verlangen.

-
- 1) Wählt der Betrogene die Auflösungsklage, dann gilt für die Übergangszeit (Bereich 3) bis zum Auflösungs-urteil, daß die Gesamthand wie bisher nach Gesellschaftsrecht weiter besteht; vorläufige Sicherungen der Einlage kann dann der Betrogene nicht verlangen, da er sich dieser Möglichkeit durch Verzicht auf die fristlose Kündigung selber begeben hat. Für die Liquidation ist auf die Ausführungen zum Gründungsfall zu verweisen, die entsprechend gelten.
 - 2) Vgl. zur Rechtsprechung oben S. 37 f. und zur Literatur oben S. 44 ff.
 - 3) Für den Fall, daß vor der fristlosen Kündigung die Gesamthand aus anderen Gründen aufgelöst wird, kommt es zur Liquidation der Gesamthand unter Ein-schluß des Betrogenen; für diese Liquidation gilt das unten zum Gründungsfall Gesagte entsprechend.

Der Betrogene hat gegen den Altunternehmer Schadensersatzansprüche insbesondere aus § 826 BGB und § 823 Abs.2 BGB mit § 263 StGB. Nach § 249 BGB erhält der Betrogene den Differenzbetrag zwischen seinem jetzigen Vermögen nach Erhalt des Abfindungsguthabens und dem Vermögen, das er ohne das schädigende Ereignis (den Betrug bei Abschluß des Beitrittsvertrags) gehabt hätte. Ohne den Betrug wäre der Beitrittsvertrag nicht abgeschlossen worden - vgl. oben S.50 N.2. Also ist auch im zweiten Beitrittsfall für die Schadensberechnung dasjenige Vermögen zugrunde zu legen, welches ohne den Beitrittsvertrag bestanden hätte, nicht hingegen dasjenige Vermögen, welches bei korrektem Beitrittsvertrag bestanden hätte.¹⁾

Der betrogene neue Teilhaber kann also dann mit einem Schadensersatzanspruch rechnen, wenn er nachweisen kann, daß er mit seiner Einlage bei anderer Anlage eine höhere Rendite erzielt hätte als mit der Anlage im Unternehmen des betrügerischen Altunternehmers.

Außerdem kann der Betrogene von dem anderen Teil die Herausgabe seiner noch in Natur vorhandenen Einlagen unter Anrechnung auf das Abfindungsguthaben verlangen (vgl. Krit. 2 c). Dies folgt daraus, daß der Betrüger ansonsten durch eine Abfindungszahlung in Geld einen unter Umständen viel wertvolleren Gegenstand (etwa ein Patent oder ein günstig gelegenes Grundstück) behalten dürfte und damit doch noch die Früchte seines Betrugs auf Dauer behalten würde.

Wenn der Altunternehmer dem neuen Teilhaber das Recht zur Kündigung bestreitet, so wird er die Mitwirkung an der Errechnung des Abfindungsguthabens verweigern und die Zahlung der Abfindungssumme unterlassen. Ferner wird er die Herausgabe der Einlage ablehnen. In diesem Fall bleibt dem Ausgeschiedenen nichts anderes übrig als der Klageweg.

Ist der Altunternehmer zusätzlich an Leistungen des neuen Teilhabers interessiert, die dieser noch nicht

1) Vgl. oben S.64 N.1.

eingebraucht hat (etwa Geschäftsführertätigkeit oder noch nicht geleistete Gegenstände), so muß er gegen den neuen Teilhaber klagen.

In diesen Prozessen hat der Ausgeschiedene den Betrug zu beweisen; hierbei wird die Frage, ob wirklich ein Betrug geschehen ist, als Vorfrage möglicherweise von verschiedenen Gerichten verschieden beantwortet. Es ist daher zu empfehlen, im Wege der Zwischenfeststellungsklage rechtskräftig klären zu lassen, daß ein fehlerfreier¹⁾ Gesellschaftsvertrag zwischen den Parteien des Rechtsstreits geschlossen oder nicht geschlossen worden ist.

GRÜNDUNGSFALL

Wie die Bestandsaufnahme der Rechtsprechung ergeben hat²⁾, sind fehlerhafte Gründungsfälle gegenüber fehlerhaften Beitrittsfällen in der Praxis in der Minderzahl. Dem steht in gewisser Weise entgegen, daß in der Literatur der Gründungsfall als der Normalfall ausführlich und die Beitrittsfälle nur nebenher oder gar nicht behandelt werden.³⁾

Bereich 1 :

Wie schon oben ausgeführt, geschieht die Beurteilung der Vergangenheit in allen Fällen nach Gesellschaftsrecht, so daß für den 1. Bereich auf die Ausführungen zum ersten Beitrittsfall verwiesen werden kann.

-
- 1) Der Antrag auf Feststellung, daß ein "wirksamer" Gesellschaftsvertrag zwischen den Parteien des Rechtsstreits geschlossen worden ist, führt nicht zu dem gewünschten Ergebnis, da in solchem Fall die Frage des Betrugs dahingestellt bleiben wird; die Rechtsprechung sagt nämlich bei einem solchen Antrag, daß nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft auch ein durch Betrug beeinflusster Gesellschaftsvertrag "wirksam" sei, vgl. BGH WM 1970, 850 (betr. § 138 BGB) und OLG Frankfurt v. 17.3.1959 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr. 4 - (betr. fehlerhafte Beteiligung Minderjähriger). Weitere Fälle, in denen das Vorliegen des Vertragsfehlers dahingestellt geblieben ist: BGH LM Nr. 3 zu § 516 BGB (betr. § 154 BGB); OLG Köln BB 1970 (betr. Betrug); BGH NJW 1971, 375 (betr. Betrug).
 - 2) Vgl. oben S. 36 N. 3.
 - 3) Vgl. dazu oben S. 26 N. 1 Abs. 2 und zu den negativen Auswirkungen dieser Fehleinschätzung oben S. 59 N. 2.

Bereich 2 :

Nach Rechtsprechung und Literatur setzt die Abwicklung ein Gestaltungsurteil nach § 133 HGB beziehungsweise §§ 140, 142 HGB voraus.¹⁾ Dem ist für den Gründungsfall zuzustimmen. Denn es besteht kein durchschlagender Grund für die Zubilligung eines schneller wirkenden Instruments (Kündigung oder Übernahmeerklärung).

Auch im Gründungsfall besteht ein Konflikt zwischen dem Interesse eines wirklich betrogenen Gründers an schneller Lösung aus der Gesamthand und dem Interesse eines in Wahrheit nicht betrügerischen Gründers an gerichtlicher Klärung des Betrugsvorwurfs. Dem Interesse an gerichtlicher Entscheidung ist aus folgendem Grund der Vorzug zu geben. Die Verweisung des betrogenen Gründers auf den Weg der Gestaltungsklage kommt nicht allein den anderen Vertragsparteien zugute, sondern schützt vor allem das Unternehmen in seinem Bestand (vgl. Krit. 2 a). Im Unterschied zu den Beitrittsfällen steht im Gründungsfall nämlich bei Zerbrechen der Gesamthand der zukünftige Unternehmensinhaber nicht von vornherein fest. Geht die Gesamthand in einem Beitrittsfall auseinander, so wird normalerweise der Unternehmensbestand nicht unmittelbar tangiert, da der Altunternehmer das Unternehmen sofort wieder allein leiten wird. Zerbricht die Gesamthand in einem Gründungsfall, so ist der Unternehmensbestand unmittelbar in Frage gestellt, da das Unternehmen zunächst führungslos ist, weil im allgemeinen nicht einer der Gründer ohne weiteres als zukünftiger Inhaber akzeptiert werden wird. Hieraus folgt, daß die Zubilligung eines sofort wirkenden Lösungsrechts im Gründungsfall erhebliche Gefahren für den Bestand des Unternehmens heraufbeschwören würde und zu Mißbrauch herausfordern könnte. Hinzu kommt, daß gar nicht voraussehbar ist, welches Interesse der betrogene Gründer verfolgen wird. Er kann zum Beispiel das Interesse haben, sich von der Unternehmensinhaberschaft zu lösen; er kann aber auch beabsichtigen, das Unternehmen unter Ausschluß

1) Vgl. die Nachweise oben S.37 N.4 und S.42 N.6.

des Betrügers fortzuführen; häufig dürfte der Fall eintreten, daß das Unternehmen eingestellt wird, da es von Anfang an darauf angelegt war, von sämtlichen Gründern gemeinsam getragen zu werden und daher bei Ausscheiden eines oder mehrerer von ihnen nicht lebensfähig oder im vorgestellten Maß ertragreich ist. Eine sämtliche denkbaren Interessen des Betrogenen im voraus bedenkende Lösungsmöglichkeit ist aus Gründen der Rechtsklarheit abzulehnen.

Weist man den betrogenen Gründer auf den Weg der Gestaltungsklage, so ist der Forderung des Kriteriums 1 b - dem Betrogenen grundsätzlich sofort nach Anfechtung seine Handlungsfreiheit wieder zu verschaffen - durch entsprechende Gestaltung der Übergangszeit (Bereich 3) nachzukommen.

Der betrogene Gründer kann also die Abwicklung auslösen, indem er entweder die Auflösungsklage erhebt oder den Weg der Klage analog §§ 140, 142 HGB einschlägt. Die Klage nach §§ 140, 142 HGB ist nur erfolgreich, wenn ein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschriften vorliegt. Das Erfordernis eines wichtigen Grunds ergibt sich daraus, daß im Gründungsfall keine Berechtigung für eine Erleichterung dieser Klage besteht, wie im Beitrittsfall für die Klage des Altunternehmers, der wieder möglichst leicht in den alleinigen Besitz seines Unternehmens gelangen soll. Im Gründungsfall gibt es keinen Altunternehmer und keinen Gründer, der von vornherein zur Inhaberschaft an dem Unternehmen berufen wäre. Denn daß ein Gründer allein deshalb zur Unternehmensfortführung berufen wäre, weil er betrogen worden ist, kann man nicht sagen.

Auch im Gründungsfall bleibt ein vertragliches Kündigungsrecht erhalten.

Bereich 3 :

In der Übergangszeit bis zum Rechtskräftigwerden des Auflösungsurteils¹⁾ wird das Rechtsverhältnis zwischen

1) Im Falle der Klage nach §§ 140, 142 HGB gilt das für den ersten Beitrittsfall Gesagte entsprechend.

den Gesamthändern weiterhin nach Gesellschaftsrecht, also in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag, beurteilt (vgl. Krit. 1 a).

Da aber eine Auflösung angestrebt wird, kann dem Betrogenen nicht zugemutet werden, eine Erweiterung des Unternehmens, die auch auf seine Kosten ginge, hinzunehmen. Aus diesem Grund sind Geschäftsführungsmaßnahmen, die eine Erweiterung des Unternehmens beinhalten, unzulässig.¹⁾ Ferner dürfen solche Verfügungen über das Gesamthandsvermögen nicht mehr vorgenommen werden, die den Ausgleich der wechselseitigen Ansprüche in der Auseinandersetzung gefährden würden.²⁾ Auch insoweit ist die Geschäftsführungsbefugnis eingeschränkt.³⁾ Handelt

- 1) Etwas anderes gilt, wenn ein Übernahmerecht vertraglich vereinbart ist, welches grundsätzlich erhalten bleibt (vgl. unten Bereich 4, S.75). Es ist zu unterscheiden, zu wessen Gunsten das Übernahmerecht besteht.

Ist das Übernahmerecht zugunsten des Betrogenen vereinbart, so ist kein Grund ersichtlich, zu seinen Lasten die Erweiterung des ihm demnächst allein gehörenden Unternehmens zu verhindern. Daß der Betrüger unter Umständen die Erweiterung des Unternehmens mitfinanzieren muß, steht dem nicht entgegen. Denn er würde daraus keinen Schaden erleiden, weil er für seine Aufwendungen in der Auseinandersetzung entschädigt würde. Ein schutzwertes Interesse daran, in seiner Handlungsfreiheit nicht eingeschränkt zu werden, wie es der Getäuschte besitzt, steht dem Betrüger nicht zu.

Ist ein Übernahmerecht zugunsten des Betrügers vereinbart worden, so ist zunächst zu prüfen, ob es überhaupt bestehen bleiben kann. (Denn eine solche Vereinbarung könnte gerade infolge des Betrugs zustande gekommen sein, vgl. unten Bereich 4, S.75) Sollte dies der Fall sein, so fragt es sich, ob der Betrüger einen Anspruch auf die Finanzierung von Erweiterungsinvestitionen durch den Betrogenen besitzen soll. Dies ist zu verneinen. Ein solcher Anspruch würde gegen Kriterium 1 b verstoßen, wonach dem Betrogenen möglichst schnell seine Handlungsfreiheit zurückgegeben werden soll. Durch eine Finanzierung von Erweiterungsinvestitionen würde er in noch weiterem Maße zugunsten des Betrügers gebunden, als dies ohnehin schon geschehen ist.

- 2) Siehe KÖTTER S.328.

- 3) Diese Klarstellungen dienen letztlich auch dem Geschäftsführer, der ja zur Geschäftsführung verpflichtet bleibt. Er kann ein unberechtigtes Verlangen der anderen Gesamthänder zurückweisen, ohne ihnen ersatzpflichtig zu werden.

der Geschäftsführer diesen Einschränkungen zuwider, so hat der Betrogene die Möglichkeit, ihm diese Maßnahmen gerichtlich verbieten zu lassen.

Auch im Übrigen bleiben die vertraglichen und gesetzlichen Rechte und Pflichten der Gesamthänder grundsätzlich erhalten. Fehlerbehaftete Vertragsklauseln kann der Betrogene aber durch gerichtliche Entscheidung vorläufig korrigieren lassen. In diesen Prozessen muß er beweisen, daß er betrogen worden ist und daß er in die betreffende Bestimmung deshalb eingewilligt hat, weil er getäuscht worden ist. Insbesondere kann er hierdurch eine Korrektur der Geschäftsführungs- und Vertretungsregeln, des Gewichts seiner Stimme bei Beschlüssen sowie der Gewinn- und Verlustverteilung mit Wirkung ex nunc durch Neubewertung der Einlagen erreichen. Auf diese Weise kann das Leben der Gesamthand bis zum Urteil auf die korrekte Basis gestellt werden. Für den Fall, daß der betrügerische Gründer eine an sich gerechtfertigte Geschäftsführer (Vertreter-) - Stellung dazu benutzt, um fehlerbehaftete Vertragsklauseln zu Lasten des betrogenen Gründers zur Ausführung zu bringen, muß die Klage des Betrogenen analog §§ 117, 127 HGB schon dann Erfolg haben, wenn er außer dem Betrug die Mißbrauchsgefahr beweist.

Als letzte Frage ist zu klären, ob der Betrogene berechtigt ist, in der Übergangszeit die Erfüllung von Vertragspflichten völlig zu verweigern, und ob er seinerseits berechtigt ist, von dem Betrüger Erfüllung zu verlangen.

Hierbei ist einerseits zu berücksichtigen, daß im Falle eines Klageerfolgs die Gesamthand aufgelöst wird; andererseits muß auch an dieser Stelle die Möglichkeit in die Überlegung einbezogen werden, daß die Klage abgewiesen wird und es nicht zur Liquidation kommt. Unter Berücksichtigung dieser Möglichkeit ist mit einem Teil der Literatur¹⁾ zu fordern, daß kein Gesamthänder berechtigt ist, Einlagen zu verweigern, die zum nor-

1) Vgl. ERMAN S.76; KÖTTER S.327; BECKMANN S.116.

malen Fortbestand des Unternehmens benötigt werden. Um in einem Prozeß über die Einlageleistung nicht Gefahr zu laufen, daß aus Beweisgründen diese Forderung nicht erfüllt wird, wird man dem die Leistung verweigernden Gesamthänder die Beweislast dafür aufbürden müssen, daß die Einlage für die normale Fortführung nicht benötigt wird.

Bereich 4 :

Auch für diesen Bereich gilt, daß die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht vor sich geht (vgl. Krit. 1 a). Maßgebend ist also in erster Linie die vertragliche Vereinbarung. So bleibt etwa ein vertragliches Übernahmerecht erhalten mit der Folge, daß es nicht zur Liquidation kommt. Falls diese Vereinbarung aber fehlerbehaftet ist, so kommt sie auf Verlangen des Betrogenen nicht zur Ausführung, und es hat Liquidation stattzufinden.

Die Liquidation geschieht ebenfalls nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags unter Zuhilfenahme der gesetzlichen Regeln der §§ 145 ff. HGB. Die Gesamthand geht also in eine Liquidationsgesellschaft über.

Fehlerhaft festgesetzt Beteiligungsquoten sind auf Verlangen des Betrogenen zum Zweck der Verechnung des Auseinandersetzungsguthabens zu korrigieren.

Auch andere fehlerbehaftete Vertragsklauseln, die sich in der Liquidation auswirken, können auf Verlangen des Betrogenen korrigiert werden. Wie der betrügerische Geschäftsführer, so kann auch der betrügerische Liquidator nicht allein deshalb von seiner Tätigkeit ausgeschlossen werden, weil er betrogen hat. Es muß auch hier hinzukommen, daß er seine vertraglich eingeräumte Liquidatorenstellung gerade durch den Betrug erworben hat oder daß er diese Stellung mißbraucht, indem er andere fehlerbehaftete Vertragsbestimmungen zum Nachteil des Betrogenen ausführt.

Noch nicht geleistete Einlagen brauchen in diesem Stadium - wie auch bei der Liquidation einer intakten Gesellschaft¹⁾ - nur noch insoweit geleistet zu werden,

1) Vgl. HUECK S.482.

wie die Einlagen für die Zwecke der Liquidation, vor allem zur Tilgung der Gesamthandsschulden, nötig sind. Die Inhaber von (durch Rückrechnung korrigierten) passiven Kapitalkonten haben den Inhabern von (ebenso korrigierten) aktiven Kapitalkonten Ausgleich zu leisten und für etwaige nach Liquidation noch offene Gesamthandsschulden in Höhe ihres Passivsaldos einzustehen.¹⁾

Der Betrogene hat das Recht, seine noch in Natur vorhandenen Einlagen unter Anrechnung auf sein Auseinandersetzungsguthaben herauszuverlangen.

Nach Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens an den Betrogenen kann dieser Schadensersatz von dem Betrüger verlangen (vgl. Krit. 1 a). Auch im Gründungsfall wird diese Schadensersatzforderung häufig nicht ausreichen, den Verlust des Betrogenen völlig auszugleichen. Denn auch hier ist für die Schadensberechnung dasjenige Vermögen zugrunde zu legen, welches o h n e den Gründungsvertrag bestanden hätte, nicht hingegen dasjenige Vermögen, welches bei k o r r e k t e m Gründungsvertrag bestanden hätte.²⁾

Zusammenfassung der Grundsätze über die wegen arglistiger Täuschung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer getäuscht

Bereich 1 :

Die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers geschieht nach Gesellschaftsrecht. Maßgeblich ist also in erster Linie der Gesellschaftsvertrag (§ 109 HGB analog).

1) Vgl. hierzu die Beispiele bei HUECK S.520 f.

2) Vgl. oben S.64 N.1.

Im einzelnen folgt daraus insbesondere:

- a) Es ist Gesamthandsvermögen entstanden.
Übereignungen und sonstige Verfügungen gegenüber dem Gesamthandsvermögen sind wirksam. Verfügungen über Gegenstände aus diesem Vermögen konnten wirksam nur von den vertretungsberechtigten Gesamthändlern vorgenommen werden.
- b) Auch die Leistung der Einlagen ist zu Recht erfolgt.
- c) Aus dem Gesellschaftsvertrag sind für die Vertragsparteien Rechte und Pflichten entstanden, wie sie in dem Vertrag vereinbart worden sind.
- d) Im Verhältnis der Gesamthänder zueinander sind die Maßnahmen der Geschäftsführung und sind die Beschlüsse gültig, auch wenn sie bei objektiv gerechtfertigter Stimmverteilung und Geschäftsführungsregelung nicht zustande gekommen wären. Auch Änderungen der Gesellschaftsvertrags sind bezüglich dieses Zeitraums wirksam.
- e) Im Verhältnis zu Dritten sind die Willenserklärungen der nach dem Gesellschaftsvertrag zur Vertretung berufenen Personen wirksam (§ 126 HGB analog) und haften die Gesamthänder gemäß §§ 128, 171 HGB analog; der Beigetretene haftet auch für die Altschulden analog §§ 28, 130, 173 HGB.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung wird nur ausgelöst, wenn der Betrug gerichtlich festgestellt ist. Der betrogene Altunternehmer hat daher Ausschließungs- oder Übernahmeklage zu erheben (§§ 140, 142 HGB analog); er kann auch den Weg der Auflösungsklage wählen (§ 133 HGB analog). In jedem Fall ist die Klage schon dann erfolgreich, wenn der Betrug bewiesen wird; daneben kommt es auf einen wichtigen Grund nicht an. Eine Ausnahme gilt nur, wenn ein Kündigungsrecht vertraglich vereinbart ist; dieses bleibt erhalten. Die Klage muß innerhalb der Frist des § 124 BGB erhoben werden.

Bereich 3¹⁾

Die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesamthändlern bis zum Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils geschieht grundsätzlich weiterhin nach Gesellschaftsrecht. In erster Linie bleibt also der Gesellschaftsvertrag maßgebend.
Hieraus folgt insbesondere:

- a) Das Gesamthandsvermögen bleibt erhalten. Verfügungen gegenüber diesem Sondervermögen können weiterhin wirksam vorgenommen werden; Verfügungen aus diesem Vermögen sind nur durch die zur Vertretung befugten Personen möglich.
- b) Während der Übergangszeit bleibt der neue Teilhaber zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen verpflichtet. Gegenüber dem Verlangen des neuen

1) Vgl. unten S.79 N.1.

Teilhabers nach Erfüllung der Vertragspflichten kann der Altunternehmer sich - abgesehen von den Fällen unten zu c - nur dann auf die Arglisteinrede stützen, wenn er außer dem Betrug beweist, daß die Verweigerung der Erfüllung den Anspruch des Betrügers in der Abwicklung nicht gefährdet.

- c) Auch im übrigen bleiben vertragliche Rechte und Verpflichtungen grundsätzlich erhalten.
Der Altunternehmer kann für die Dauer der Übergangszeit aber die Rechtslage zu seinen Gunsten vorläufig gestalten, indem er Vertragsklauseln, die infolge des Betrugs zu seinem Nachteil vereinbart worden sind, gerichtlich aussetzen und die objektiv gerechtfertigte Regelung anordnen läßt. Zu diesem Zweck kann er auch im Wege der einstweiligen Verfügung oder des Arrests vorgehen. Insbesondere kann er dadurch dem betrügerischen neuen Mitinhaber die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis vorläufig entziehen lassen. In diesen Prozessen hat der Altunternehmer neben dem Betrug zu beweisen, daß er nur aufgrund des Betrugs in die Bestimmung eingewilligt hat. Wenn der betrügerische neue Teilhaber seine an sich gerechtfertigten Leitungsbefugnisse dadurch mißbraucht, daß er fehlerbehaftete Klauseln anwendet, kann der Altunternehmer dem Betrüger diese Befugnisse ebenfalls entziehen lassen. Erweist sich die vorübergehende Veränderung der Rechtslage im nachhinein als ungerechtfertigt, so besitzt der neue Teilhaber Schadensersatzansprüche gegen den Altunternehmer. Die aufgrund einer nicht gerechtfertigten Geschäftsführung oder Vertretung getroffenen Maßnahmen während der Übergangszeit bleiben rechtlich wirksam.
- d) Es gilt weiterhin die gesellschaftsvertragliche Geschäftsführungsregelung. Es besteht auch weiterhin eine Pflicht zur Geschäftsführung. Auch für Beschlüsse bleibt es bei der vertraglichen Stimmverteilung.
Änderungen können sich aus dem oben zu c Gesagten ergeben.
- e) Gewinnausschüttungen und Entnahmen bleiben - abgesehen von Änderungen nach c - im Rahmen von g zulässig.
- f) Im Verhältnis zu Dritten bleibt es bei der Regelung der §§ 126, 128 HGB. Änderungen können sich auch hier aus dem oben zu c Gesagten ergeben.
- g) Maßnahmen des Altunternehmers, die den Anspruch des neuen Teilhabers in der Abwicklung gefährden, sind unzulässig. Der neue Teilhaber hat hiergegen ein Widerspruchsrecht.
- h) Erweiterungen des Unternehmens oder sonstige Investitionen können auch während der Übergangszeit uneingeschränkt vorgenommen werden.

Bereich 4 :

Mit Rechtskräftigwerden des Gestaltungsurteils nach §§ 140, 142 HGB ist der Altunternehmer wieder alleiniger Unternehmensinhaber.

- a) Die Rechte des betrügerischen neuen Mitinhabers beschränken sich auf dessen Abfindungsguthaben. Für die Berechnung dieses Guthabens durch Erstellung einer Abschichtungsbilanz gilt dasselbe wie im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer intakten Gesellschaft; also ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Auf Verlangen des betrogenen Altunternehmers ist der Berechnung des Abfindungsguthabens der wirkliche Wert der Beteiligung und der Einlagen der Beteiligten zugrunde zu legen.
- b) Der Betrogene kann von dem Betrüger nach Berechnung des Abfindungsguthabens Schadensersatz verlangen. Der Anspruch beschränkt sich auf das negative Interesse; eine Ersetzung des positiven Interesses findet nicht statt.
- c) Für Verbindlichkeiten der Gesamthand haftet der Ausgeschiedene weiter, kann aber von dem Altunternehmer Freistellung verlangen (§ 738 Abs. 1 BGB analog).

2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden getäuscht

Bereich 1 :

Es gilt dasselbe wie im ersten Beitrittsfall.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung wird schon dadurch ausgelöst, daß der betrogene neue Teilhaber eine außerordentliche Kündigung ausspricht. Er kann auch den statt dessen den Weg der Auflösungsklage wählen oder im Wege der Klage analog §§ 140, 142 HGB die Unternehmensübernahme anstreben.

Die Frist für die Erklärung der Kündigung beziehungsweise für die Klageerhebung ergibt sich aus § 124 BGB.

Bereich 3¹⁾ :

Eine Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung existiert nicht.

Bereich 4 :

Mit Zugang der Kündigung ist der betrügerische Altunternehmer wieder alleiniger Unternehmensinhaber.

- a) Mit seinem Ausscheiden aus der Gesamthand wird der betrogene neue Teilhaber sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag ledig, ausge-

1) Für den Fall, daß der Betrogene die Auflösungsklage wählt, gilt das zum Gründungsfall Gesagte entsprechend.

nommen seinen Anspruch auf ein Abfindungsguthaben. Für die Berechnung dieses Guthabens gilt dasselbe wie im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer intakten Gesellschaft; also ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Die Berechnung des Abfindungsguthabens ist auf Verlangen des Ausscheidenden an Hand der wirklichen Beteiligung vorzunehmen.

- b) Der Betrogene kann von dem Betrüger Schadensersatz verlangen. Sein Anspruch beschränkt sich aber auf das negative Interesse.
- c) Die noch in Natur vorhandenen Einlagen kann der Ausscheidende unter Anrechnung auf das Abfindungsguthaben herausverlangen.
- d) Auch der betrogene neue Mitinhaber haftet für die Verbindlichkeiten der Gesamthand weiterhin; er kann von dem Altunternehmer Freistellung verlangen (§ 738 Abs.1 BGB analog).

Gründungsfall

Bereich 1 :

Es gilt dasselbe wie im ersten Beitrittsfall.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung wird grundsätzlich nur durch ein Gestaltungsurteil ausgelöst. Der Betrogene kann zu diesem Zweck entweder auf Auflösung klagen (§ 133 HGB analog) oder unter den dort bezeichneten Voraussetzungen auch die Rechtsbehelfe der §§ 140, 142 HGB wählen.

Eine Ausnahme gilt nur, wenn ein Kündigungsrecht vertraglich vereinbart ist; dieses bleibt erhalten.

Bereich 3¹⁾:

Die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesamthändern bis zum Rechtskräftigwerden des Auflösungsurteils geschieht grundsätzlich weiterhin nach Gesellschaftsrecht. In erster Linie bleibt also der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Im Hinblick auf die demnächst zu erwartende Abwicklung gelten jedoch zwei Besonderheiten. Zum ersten erfährt der Vertragszweck eine Änderung dahingehend, daß eine Erweiterung des Unternehmens nicht mehr betrieben werden darf (1. Einschränkung des § 116 HGB). Zum zweiten dürfen solche Verfügungen über das Gesamthandsvermögen nicht mehr vorgenommen werden, die den Ausgleich der wechselseitigen Ansprüche in der Auseinandersetzung gefährden würden (2. Einschränkung des § 116 HGB).

1) Die Regeln gelten für den Fall der Auflösungsklage; bei einer Klage nach §§ 140, 142 HGB ist das für den ersten Beitrittsfall Gesagte entsprechend anzuwenden.

Im einzelnen gilt folgendes:

- a) Das Gesamthandsvermögen bleibt erhalten. Verfügungen gegenüber diesem Sondervermögen können weiterhin wirksam vorgenommen werden; Verfügungen aus diesem Vermögen sind nur durch die zur Vertretung befugten Personen möglich.
- b) Sämtliche Gesamthänder bleiben zur Leistung ihrer ausstehenden Einlagen insoweit verpflichtet, als diese zum normalen Fortbestand des Unternehmens benötigt werden. Wenn der betrogene Gesamthänder die Leistung verweigern will, hat er zu beweisen, daß seine Einlage zum normalen Fortbestand des Unternehmens nicht erforderlich ist.
- c) Auch im übrigen bleiben vertragliche Rechte und Pflichten grundsätzlich erhalten.
Der Betrogene kann für die Dauer der Übergangszeit aber die Rechtslage zu seinen Gunsten vorläufig gestalten, indem er Vertragsklauseln, die infolge des Betrugs zu seinem Nachteil vereinbart worden sind, gerichtlich aussetzen und die objektiv gerechtfertigte Regelung anordnen läßt. Zu diesem Zweck kann er auch im Wege der einstweiligen Verfügung oder des Arrestes vorgehen. Insbesondere kann er auf diese Weise dem Betrüger Geschäftsführung und Vertretung entziehen lassen, wenn dieser die Leitungsbefugnisse durch den Betrug zugestanden erhalten hat. In diesen Prozessen hat der Betrogene neben dem Betrug zu beweisen, daß er nur aufgrund des Betrugs in die Bestimmungen eingewilligt hat. Wenn der betrügerische Gründer seine an sich gerechtfertigten Leitungsbefugnisse dazu mißbraucht, fehlerbehaftete Vertragsbestimmungen anzuwenden, dann kann der betrogene Gründer dem Betrüger diese Befugnisse ebenfalls vorläufig entziehen lassen. Erweist sich die vorübergehende Veränderung der Rechtslage im nachhinein als ungerechtfertigt, so besitzt der vermeintliche Betrüger Schadensersatzansprüche gegen den vermeintlich Betrogenen. Die aufgrund einer nicht gerechtfertigten Geschäftsführung oder Vertretung während der Übergangszeit getroffenen Maßnahmen bleiben rechtlich wirksam.
- d) Es gilt weiterhin die gesellschaftsvertragliche Geschäftsführungsregelung. Es besteht auch weiterhin eine Pflicht zur Geschäftsführung. Auch für Beschlüsse bleibt es bei der vertraglichen Stimmverteilung. Änderungen können sich aus dem zu c) Gesagten ergeben. Die Geschäftsführer sind an die eingangs genannten Einschränkungen gebunden. Zuwiderhandlungen kann der Betrogene gerichtlich verbieten lassen.

- e) Gewinnausschüttungen und Entnahmen bleiben - abgesehen von Änderungen nach c - im Rahmen der eingangs genannten Einschränkungen zulässig.
- f) Im Verhältnis zu Dritten bleibt es bei der Regelung der §§ 126, 128 HGB in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag. Änderungen können sich auch hier nach dem zu c Gesagten ergeben.

Bereich 4 :

Mit dem Rechtskräftigwerden des Auflösungsurteils geht die Gesamthand in eine Liquidationsgesellschaft über, falls vertraglich nicht eine andere Form der Auseinandersetzung wirksam vereinbart ist. Die Liquidation richtet sich nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags in Verbindung mit den Vorschriften in den §§ 145 ff. HGB. Fehlerbehaftete Vertragsbestimmungen, die sich in der Liquidation auswirken, können auf Verlangen des Betroffenen für den Zweck der Liquidation durch die angemessenen ersetzt werden.

- a) Die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens geschieht grundsätzlich ebenso wie im Fall der Liquidation einer intakten Gesellschaft. Der Betrogene kann aber verlangen, daß seine wirkliche Beteiligung durch Rückrechnung ermittelt wird und der Abrechnung zugrunde gelegt wird.
- b) Nach Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens kann der Betrogene von dem Betrüger Schadensersatz verlangen. Sein Anspruch beschränkt sich auf das negative Interesse.
- c) Die noch in Natur vorhandenen Einlagen kann der Betrogene unter Anrechnung auf sein Auseinandersetzungsguthaben herausverlangen.
- d) Die Gesamthänder sind zur Leistung von Einlagen nur noch insoweit verpflichtet, wie diese Einlagen zum Zweck der Liquidation erforderlich sind. Bei der Ausgleichung der Kapitalkonten sind die durch Rückrechnung ermittelten Werte zugrunde zu legen.

B. Anfechtung des Gesellschaftsvertrags nach § 123 BGB wegen rechtswidriger Drohung

I. Bestandsaufnahme

1. Rechtsprechung

Der Vertragsfehler der rechtswidrigen Drohung war in zwei veröffentlichten Entscheidungen für das Urteil maßgeblich.¹⁾

In beiden Fällen bejahten die Gerichte im Grundsatz die Wirksamkeit des fehlerhaften Vertrags. Das OLG Stuttgart hielt jedoch wegen der Besonderheiten des Einzelfalls eine Abwicklung auf der Basis des fehlerhaften Vertrags entgegen den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft nicht für gerechtfertigt. Der Bundesgerichtshof bejahte ebenfalls die Anwendbarkeit der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft und wich ebenfalls von diesen Grundsätzen ab, indem er dem erpreßten Altunternehmer das Recht zubilligte, sein Unternehmen schon durch rechtsgestaltende Übernahmeerklärung wieder in seine Verfügungsgewalt zu bekommen.

2. Literatur

In der Literatur wird fast²⁾ allgemein die Auffassung vertreten, daß die Fälle der arglistigen Täuschung und der rechtswidrigen Drohung gleich zu behandeln seien.³⁾ Daher kann in vollem Umfang auf die Bestandsaufnahme zum Fall der arglistigen Täuschung verwiesen werden.

1) Vgl. OLG Stuttgart NJW 1951, 29; es ging um einen dem fehlerhaften Beitritt verwandten Sachverhalt: Der Erpresser setzte es mit Hilfe seiner Drohung durch, daß aus seiner Kommanditbeteiligung von 1/21 eine Komplementärbeteiligung von 1/3 gebildet wurde.

BGHZ 47, 293: Die Beitretende hatte den Beitrittsvertrag durch Erpressung erzwungen (1. Beitrittsfall).

2) A.A.: HÖLTZCKE S. 179 f.

3) Vgl. etwa FISCHER § 105, 102; HUECK S. 95; GESSLER § 105, 621; REINHARDT Nr. 251.

II. Eigene Lösung¹⁾

1. Das Regelungsziel des § 123 BGB wurde bereits oben S.50 f. im Zusammenhang mit der Behandlung der arglistigen Täuschung herausgearbeitet. Danach verfolgt diese Vorschrift zwei Ziele, nämlich Abwicklung über das Geleistete (Blickrichtung Vergangenheit) und Wiederherstellung der Handlungsfreiheit für den Betroffenen (Blickrichtung Zukunft).

Bezieht man an dieser Stelle die oben angestellte Überlegung ein, daß der Erpreßte im Unterschied zum Betrogenen kein Risiko eingegangen ist und beide also grundsätzlich verschieden zu behandeln sind, so ergibt sich bezüglich der Abrechnung, daß dem Bedrohten zu seinen Leistungen beziehungsweise dem Wert dieser Leistungen wieder zu verhelfen ist unter Vermeidung der Gefahr, daß der Erpresser auf Kosten des Bedrohten bereichert bleibt.

2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems

Zu Kriterium 1 a :

Eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht setzt die Bildung von Gesamthandsvermögen voraus. Eine solche Abwicklung würde die Gefahr in sich bergen, daß der Erpresser auch noch weiterhin seine rechtswidrig erworbene Stellung zu Lasten seines Opfers ausnützt. Ferner müßten in dieser Abwicklung die zur Verteilung kommenden Vermögensgegenstände der Gesamthand auf ihre neuen Eigentümer in der rechtlich vorgeschriebenen Form übertragen werden. Insbesondere müßten Grundstücke aufgelassen werden. Dies verursachte Kosten und würde dem Erpresser zahlreiche Möglichkeiten zur Verschleppung der Abwicklung eröffnen. Der Bedrohte, der sich um die Wiedererlangung seiner Einlagen bemühte, müßte gewärtigen, wegen jedes Gegenstandes die Zustimmung des Erpressers zur Übertragung gerichtlich einzuklagen. Schließlich könnte im Konkurs der Gesamthand der Bedrohte nicht aussondern, was insbesondere in dem Fall

1) Vgl. oben S.50 N.2.

sehr nachteilig für ihn sein würde, daß er nicht vor-maliger Unternehmer war; denn Gesellschaftskonkurs be-deutet ja Unternehmenskonkurs.

Weiterhin spricht folgende Überlegung gegen eine Ab-wicklung nach Gesellschaftsrecht. Wenn dem Bedrohten zu den von ihm unfreiwillig erbrachten Leistungen be-ziehungsweise ihrem Wert wieder verholffen werden soll, ohne daß der Erpresser auf dessen Kosten bereichert bleibt, so schließt dies die Annahme von Gesamthands-vermögen und somit grundsätzlich die Anwendung von Ge-sellschaftsrecht aus. Denn die Bewertung der Leistungen des E r p r e s s e r s ist verschieden, je nachdem, ob man sie als in Erfüllung einer Einlageverpflichtung in ein Gesamthandsvermögen erbracht ansieht oder als in Erfüllung von Verpflichtungen, die der Erpresser gegenüber dem Bedrohten in besonderen einzelnen Schuld-verhältnissen (etwa Darlehen, Dienstvertrag, Miete; je-weils vermöge § 140 BGB) übernommen hat. Die Vergütung von Einlagen in eine Handelsgesellschaft orientiert sich gewöhnlich am Erfolg des Unternehmens. Sie dürfte in normalen wirtschaftlichen Zeiten erheblich höher liegen als die in einem einfachen Schuldverhältnis ver-einbarte Vergütung über dieselbe Leistung; dies schon deshalb, weil im zweiten Fall keine Haftung für die Un-ternehmensschulden übernommen wird. Würde man ein Ge-samthandsvermögen bejahen, so müßte man folgerichtig dem Erpresser - entgegen der soeben aufgestellten For-derung - auf Kosten des Erpreßten mehr geben als ihm zusteht. Wollte man seine Leistung gesellschaftsrecht-lich bewerten, so wäre der Erpresser also doch noch zu seinem Ziel gekommen, nämlich Gesellschafter gewesen zu sein.

Aus alledem folgt, daß die Annahme von Gesamthandsver-mögen zwischen Bedrohtem und Erpresser den Schutz der Willensfreiheit gefährden würde. Der Wille des Bedroh-ten war nicht - wie der Wille des Betrogenen - auf die Bildung eines gemeinsamen Unternehmens gerichtet. Also hat er auch nicht die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht in seinen Willen aufgenommen. Praktische Erleichterun-gen, wie sie eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht mit

sich bringen würde, können nicht gegen den klaren Willen des Betroffenen erzwungen werden.

Somit läßt sich feststellen, daß durchschlagende Gründe gegen die Annahme von Gesamthandsvermögen zwischen Erpresser und Erpreßtem sprechen. Damit ist zugleich auch gegen eine Abwicklung nach Gesellschaftsrecht entschieden.¹⁾

Zu Kriterium 1 b :

Die Abwicklungsregelung muß darauf abgestellt sein, daß der Bedrohte für die Zukunft - und das heißt grundsätzlich : a b s o l u t - seine Handlungsfreiheit wieder gewinnt.

Zu Kriterium 2 :

Dieses Kriterium bedarf zu seiner Konkretisierung keiner besonderen Ausführungen.

Zusammenfassung :

Die Rechtsfolgen für die wegen rechtswidriger Drohung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse ergeben sich unter Anwendung der folgenden Kriterien.

- 1 a Die gebotene Abwicklung geschieht grundsätzlich nach allgemeinem Recht. Der Erpresser darf nicht auf Kosten des Bedrohten bereichert bleiben.
- 1 b Die Abwicklung muß grundsätzlich dem Bedrohten sofort nach Anfechtung seine Handlungsfreiheit wieder verschaffen.
- 2 a Das Unternehmen ist nach Möglichkeit zu erhalten.
- 2 b Im Fall eines Gründungsvertrags ist die Zuordnung des Unternehmens zu einer der Vertragsparteien danach vorzunehmen, welche Bedeutung die Beteiligung der Vertragsparteien nach dem Gesellschaftsvertrag hat.

1) Ein Indiz für die Gerechtigkeit dieser Lösung ist das Urteil des OLG Stuttgart NJW 1951, 29, das sich aus dem hier vertretenen Ansatz zwanglos erklären läßt. Auch Anhänger der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft stimmen diesem Urteil übrigens zu, können aber die Inkonsequenz ihrer Befürwortung kaum verbergen, wenn sie ohne nähere Erläuterung von einem "Ausnahmefall" sprechen, vgl. GESSLER § 105, 62 i. a. E.; SCHULTZE = V. LASAULX § 705, 105. FISCHER § 105, 102 irrt, wenn er meint, daß "die vorstehend dargelegten Grundsätze geeignet" seien, die Stuttgarter Entscheidung zu rechtfertigen; diese Grundsätze enthalten dazu nämlich nichts Einschlägiges. Konsequenterweise lehnt KÖTTER S. 327 die Entscheidung ab; ebenso BENKE JZ 1952, 308.

2 c Im Beitrittsfall soll der alte Unternehmensinhaber grundsätzlich wieder Inhaber werden. Der erpreßte neue Teilhaber kann ausnahmsweise Unternehmensinhaber werden, wenn er die Klage nach §§ 140, 142 HGB erfolgreich betreibt. Der besondere Schutz des Bedrohten wird dadurch gewährleistet, daß ihm die Möglichkeit einer wirksamen Sicherung seiner "Einlage" eingeräumt wird.

3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen rechtswidriger Drohung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

BEITRITTSFÄLLE

Es ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, daß der Beitretende den Altunternehmer bedroht hat und dem Fall, daß der Altunternehmer den Beitretenden bedroht hat.¹⁾

1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer bedroht

Bereich 1 :

Die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien geschieht nach allgemeinem bürgerlichen Recht (vgl. Krit. 1 a).

Da Unternehmensinhaber nicht eine Gesamthand zwischen dem Erpresser und dem Erpreßten geworden ist, so ist der Altunternehmer Unternehmensinhaber geblieben (vgl. Krit. 2 c). Das heißt, daß er auch Inhaber sämtlicher Rechte geblieben ist, welche sich auf das Unternehmen beziehen, also Eigentümer der beweglichen und unbeweglichen Sachen, Inhaber von Forderungen usw.

Es bleibt zu klären, in welcher Weise sich Rechtsveränderungen zwischen Vertragsschluß und Anfechtung ausgewirkt haben und in welcher Weise die Leistungen des Erpressers bewertet werden sollen. Beide Fragen hängen miteinander zusammen.

Hat etwa der Altunternehmer nach Vertragsschluß mit seinen Mitteln Sachen für das Unternehmen erworben, so ist e r , nicht eine Gesamthand mit Einschluß des Erpressers, Eigentümer dieser Sachen geworden, da eine solche Gesamthand nicht existiert. Etwas anderes kann dann auch nicht gelten, wenn der Erwerb von Sachen für das Unternehmen mit solchen Mitteln geschehen ist, die von der erpresserischen Vertragspartei stammen. Es kann

1) Vgl. oben S.53 N.1.

also allgemein festgehalten werden, daß der Altunternehmer Inhaber sämtlicher Rechte ist, die sich auf das Unternehmen beziehen. Die Leistungen des Erpressers in das Unternehmen ändern hieran nichts, seien sie auch noch so eng mit einem bestimmten Vermögensgegenstand verbunden. Eine dingliche Surrogation hat also nicht stattgefunden.

Etwas anderes gilt lediglich für solche Gegenstände, die der Erpresser eingebracht hat und die noch vorhanden sind, etwa Grundstücke, Maschinen oder Patente. Hinsichtlich dieser Gegenstände ist der Erpresser Rechtsinhaber geblieben, wenn der Altunternehmer zugleich mit dem Gesellschaftsvertrag auch die Folgegeschäfte einschließlich der Veräußerungen angefochten hat oder wenn sich die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags auf sämtliche weiteren Verträge zwischen den Vertragsparteien erstreckt.

Die übrigen Leistungen des Erpressers sind in dem Unternehmen aufgegangen, etwa Geschäftsführertätigkeit, Geld, Gebrauchswert verpachteter Gegenstände und Rohstoffe. Es ist für jeden Einzelfall zu prüfen, ob eine Umdeutung einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung zu solcher Leistung in eine Verpflichtung aus einem einfachen Schuldvertrag möglich ist und also der Erpreßte eine Vergütung für diese Leistung schuldet; so kann die Pflicht zur Geschäftsführung in eine entsprechende Verpflichtung aus einem Dienstvertrag, die Pflicht zur Geldeinlage in eine Verpflichtung aus einem Darlehen umgedeutet werden. Voraussetzung einer solchen Umdeutung ist in jedem Fall, daß der Altunternehmer ohne die Bedrohung auf die "Einlage" Wert gelegt hätte. Der Erpresser kann keinesfalls damit rechnen, daß er aus einem solchen Sondervertrag dasjenige erhält, was seine "Einlage" dem Unternehmen an Vorteil gebracht hat; denn ansonsten käme er auf diesem "Umweg" doch noch zu seinem Ziel. Die Grenze für die Gegenleistung ist in jedem Fall das "übliche Entgelt". In dem dadurch eintretenden Verlust des Erpressers konkretisiert sich sein unternehmerisches Risiko.

Wenn eine Umdeutung fehlschlägt, so sind die Leistungen des Erpressers ohne Rechtsgrund erfolgt und bei der Abwicklung (Bereich 4) auszugleichen.

Ferner ist zu klären, wie Leistungen aus dem Unternehmen an den Erpresser rechtlich zu bewerten sind. Im Prinzip gilt, daß eine Verpflichtung seitens des Altunternehmers hierzu nicht bestand und also das Geleistete ohne Rechtsgrund hingegeben worden ist. Auch hierüber hat eine Ausgleichung in der Abwicklung stattzufinden. Etwas anderes würde sich auch nicht bei Umdeutung einzelner Leistungen des Erpressers als mit Rechtsgrund erfolgte ergeben. Denn zwar würde dann der Erpresser aus den durch Umdeutung gewonnenen Verträgen in der Regel einen Anspruch auf eine Gegenleistung haben; aber man kann nicht sagen, daß eine bestimmte Leistung an den Erpresser, etwa eine "Gewinnausschüttung", in die Gegenleistung für eine bestimmte Leistung des Erpressers, etwa die "Geschäftsführung" für einen bestimmten Zeitraum, umgedeutet werden kann.

War der Erpresser nach dem nichtigen Gesellschaftsvertrag "vertretungsberechtigter Gesellschafter" und hat er als solcher für das Unternehmen mit Dritten kontrahiert, so stellt sich die Frage nach der Gültigkeit der von ihm geschlossenen Verträge. In diesem Fall müssen zugunsten des Dritten die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht gelten (es werden also dem Unternehmer die Willenserklärungen des Erpressers zugerechnet), denn der Dritte ist als Unbeteiligter schutzwürdig. Das bedeutet, daß er erst bei grob fahrlässigem Nichtwissen von dem Mangel der Vertretungsmacht keinen Schutz verdient. Ferner ist zu fragen, ob der Erpresser analog § 128 HGB für Verbindlichkeiten des Unternehmers haftet. Dies ist zu verneinen; vielmehr ergibt sich seine Haftung aus den Grundsätzen über die Scheingesellschaft, also nur insoweit, wie der Dritte schutzwürdig ist.

Bereich 2 :

In diesem Bereich ist zu entscheiden, durch welches Rechtsinstrument die Abwicklung ausgelöst wird. Im Fall des Betrugs ist die Entscheidung zugunsten einer Gestal-

tungsklage seitens des Altunternehmers und gegen eine Anfechtungserklärung gefallen.

Auch im Fall der Bedrohung existiert der Konflikt zwischen dem Interesse des Altunternehmers an schneller Trennung und dem Interesse der anderen Vertragspartei an gerichtlicher Klärung des Bedrohungsvorwurfs.

Würde man die Anfechtung seitens des Altunternehmers für ausreichend halten, so könnte ein Altunternehmer Mißbrauch betreiben mit der unwahren Behauptung, der unbequeme Kompagnon habe nur infolge einer Drohung den Vertragsschluß erreicht. Hat sich in einem solchen Fall der Altunternehmer eine starke Stellung in der Unternehmensführung erhalten, so kann er allein mit der Anfechtung sofort das Unternehmen wieder in die eigene Hand bekommen, Gewinnauszahlungen an die andere Vertragspartei einstellen, ihr das Betreten der Geschäftsräume untersagen und sie in mannigfacher anderer Weise schädigen. Gegen solche ungerechtfertigten Maßnahmen bliebe dem vermeintlichen Erpresser nur die Klage auf Leistung oder auf Feststellung, daß ein fehlerfreier Gesellschaftsvertrag zustande gekommen ist. Er hätte also die Prozeßführungslast.

Dieser Mißbrauchsgefahr würde hinreichend begegnet, wenn man von dem Altunternehmer eine Gestaltungsklage verlangte, denn in aller Regel wird ein in Wirklichkeit nicht erpreßter Altunternehmer eine aussichtslose Klage schon aus Kostengründen nicht aus reiner Schikane erheben.

Andererseits würde mit dem Verlangen einer Klage der in Wirklichkeit erpreßte Altunternehmer erheblich belastet. Denn er müßte auf längere Zeit mit dem Erpresser zusammenbleiben und könnte sich seine Lage nur durch Klagen erleichtern, in denen er die Rechte des Erpressers vorübergehend aussetzen läßt, wie es der betrogene Altunternehmer tun kann.

Wägt man die Belastungen beider Seiten gegeneinander ab, so fällt h i e r die Entscheidung zugunsten des Altunternehmers, also für die Anfechtungserklärung. Der entscheidende Unterschied zwischen dem getäuschten und dem erpreßten Altunternehmer besteht darin, daß der bedrohte Alt unternehmer nichts dazu getan hat, in diese

Lage zu kommen. Er ist zum Vertragsschluß gezwungen worden und ist also kein unternehmerisches Risiko eingegangen. Diese besondere Schutzwürdigkeit des erpreßten Altunternehmers läßt es nicht zu, sein Interesse hinter dem Interesse eines anderen (der in Wahrheit nicht erpresserischen anderen Vertragspartei) hintanzusetzen. Aus diesem Grund genügt die Anfechtung, um die Abwicklung in Gang zu bringen (vgl. Krit. 1 b). Diese Anfechtung wirkt also als Übernahmeerklärung.¹⁾

Bereich 3 :

Da die Abwicklung schon mit der Anfechtung ausgelöst wird, existiert eine Übergangszeit nicht, so daß der 3. Problembereich entfällt.

Bereich 4 :

Mit der Erklärung der Anfechtung setzt die Abwicklung nach allgemeinem bürgerlichen Recht ein. Der Altunternehmer ist mit Wirkung ex tunc Unternehmensinhaber; dies kommt der Forderung nach Erhaltung des Unternehmens entgegen (vgl. Krit. 2 a). Der Altunternehmer kann also sämtliche an den Erpresser erbrachten Leistungen von diesem zurückverlangen, da sie ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Wegen § 819 BGB kann der Erpresser sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Daneben bleiben Schadensersatzansprüche des erpreßten Altunternehmers, insbesondere aus § 826 BGB und § 823 Abs.2 BGB mit § 253 StGB.

Die Rechte des Erpressers konzentrieren sich auf die Vindikation oder Ersatzansprüche für seine "Einlagen" und auf ein "Entgelt" für die Nutzung dieser "Einlagen". Im einzelnen gilt folgendes.

Soweit es gelingt, durch Umdeutung Einzelschuldver-

- 1) Ein Indiz für die Gerechtigkeit dieser Lösung ist das Urteil in BGHZ 47,293, das sich aus dem hier vertretenen Ansatz zwanglos erklären läßt. Der Bundesgerichtshof läßt im Fall der Bedrohung die rechtsgestaltende Übernahmeerklärung seitens des erpreßten Altunternehmers zu. Die ablehnende Stellungnahme von HUECK S.96 N.74 erklärt sich daraus, daß HUECK, anstatt eine Interessen a b w ä g u n g (zwischen dem Interesse des wirklich Erpreßten und dem Interesse des nur vermeintlichen Erpressers) vorzunehmen, lediglich das Interesse des nur vermeintlichen Erpressers in Rechnung stellt.

hältnisse zu gewinnen, ergeben sich aus deren Inhalt der Herausgabeanspruch und das Recht auf die Gegenleistung. Zur Fälligkeit des Herausgabeanspruchs ist zu sagen, daß die Fälligkeit zum Schutz des Altunternehmers unter Umständen nicht schon mit der Anfechtung eintritt. Das gilt dann, wenn Rückgabeverpflichtungen von dem Altunternehmer nicht ohne Gefahr für das Unternehmen auf der Stelle erfüllt werden können. Hat etwa der Erpresser ein ihm gehöriges Patent durch das Unternehmen ausbeuten lassen und kann diese "Einlage" in einen Lizenzvertrag umgedeutet werden, so würde die sofortige Einstellung der Produktion nach diesem Patent zu Schäden in dem Unternehmen führen, wenn der Anteil der Produktion nach dem Patent an der gesamten Produktion einen fühlbaren Anteil darstellt und das Unternehmen durch noch nicht amortisiert Investitionen auf die Verwertung des Patents eingestellt worden war. In solchen Fällen ist der Inhalt des einzelnen Schuldvertrags dahin zu bestimmen, daß dem Altunternehmer kein Schaden entsteht. Dies ist dem Erpresser zumutbar, da er seine "Einlage" binden wollte und da er mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags ein unternehmerisches Risiko eingegangen ist, das sich an dieser Stelle zu seinen Lasten konkretisiert.

In den übrigen Fällen, in denen eine Umdeutung nicht möglich ist, richtet sich die Rückgabe der noch vorhandenen Gegenstände des Erpressers nach § 985 BGB. Der Altunternehmer haftet daneben nur für Übermaßfrüchte (§ 993 BGB), da man ihn nicht als bösgläubigen Besitzer im Sinne des § 990 BGB ansehen kann.

Ob der Altunternehmer Ersatz für die in dem Unternehmen aufgegangenen Leistungen des Erpressers schuldet, hängt von der Art der "Einlage" ab. Sämtliche in dem Unternehmen aufgegangenen Leistungen (etwa Rohstoffe, Geschäftsführung) haben den Altunternehmer bereichert. Der Anspruch des Erpressers aus Bereicherungsrecht dürfte jedoch in der Regel an § 814 BGB oder daran scheitern, daß es sich um aufgedrängte Bereicherung handelt. Für Dienstleistungen (also Geschäftsführung) gilt zusätzlich das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag. Ob danach der Erpresser Ersatz seiner Aufwen-

dungen verlangen kann, hängt entscheidend davon ab, ob die Geschäftsführung im Sinne des § 683 BGB dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Altunternehmers entsprochen hat. Dies dürfte für den Normalfall zu verneinen sein.

Da der Erpresser nach den Grundsätzen über die Scheingesellschaft für die Schulden des Altunternehmers haftet, also für fremde Schulden, kann er von dem Altunternehmer Freistellung verlangen.

2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden bedroht

Bereich 1 :

Die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien des Gesellschaftsvertrags geschieht nach allgemeinem bürgerlichen Recht (vgl. Krit. 1 a).

Unternehmensinhaber und somit Inhaber sämtlicher Rechte, welche sich auf das Unternehmen beziehen, ist daher der erpresserische Altunternehmer geblieben (vgl. Krit. 2 c). Der Beitretende hat kein Anteilsrecht an dem Unternehmen erworben.

Es bleibt zu klären, in welcher Weise sich Rechtsveränderungen zwischen Vertragsschluß und Anfechtung ausgewirkt haben und in welcher Weise die Leistungen des Erpreßten bewertet werden sollen.

Auch in diesem Fall gilt, daß der Altunternehmer Inhaber sämtlicher Rechte geworden ist, die sich auf das Unternehmen beziehen, auch dann, wenn der Erwerb der Rechte durch Mittel des Bedrohten ermöglicht worden ist.

Bezüglich noch im Unternehmen vorhandener Gegenstände des Erpreßten ist dieser Rechtsinhaber geblieben, wenn seine Anfechtung auch den dinglichen Vertrag über die Veräußerung der Gegenstände vernichtet hat.

Die übrigen "Einlagen" des Erpreßten sind im Unternehmen aufgegangen. Es ist auch hier zu prüfen, ob eine Umdeutung in Einzelschuldverhältnisse in Frage kommt. Voraussetzung ist, daß der Erpreßte ohne die Bedrohung seine Einlage in einem Unternehmen hätte anlegen wollen. Die Umdeutung wird aber häufig daran scheitern, daß

über die Gegenleistung keine Einigung erzielt worden wäre. Denn dem Erpresser kam es gerade darauf an, die "Einlage" des Erpreßten ohne einen großen Kostenaufwand auszuwerten; hingegen wäre es dem Erpreßten bei einer Anlage in einem Unternehmen auf eine Gewinnbeteiligung angekommen, die regelmäßig erheblich höher liegen dürfte als ein übliches Entgelt. Soweit eine Umdeutung scheitert, sind die Leistungen des Erpreßten ohne Rechtsgrund erfolgt und bei der Abwicklung auszugleichen (Bereich 4).

Was schließlich Leistungen aus dem Unternehmen an den Erpreßten angeht, so sind diese ebenfalls ohne Rechtsgrund erfolgt.

Für das Außenverhältnis gelten die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht und die Scheingesellschaft, so daß also Vertretungshandlungen des Erpreßten und seine Haftung gegenüber Dritten sich danach beurteilen, ob der Dritte hinsichtlich des Vertragsfehlers bösgläubig war. Ist hiernach der Erpreßte mit Verbindlichkeiten des Altunternehmers belastet, so kann er von dem Altunternehmer Freistellung verlangen.

Bereich 2 :

Der erpreßte Beigetretene kann die Abwicklung durch Kündigung, welche in der Anfechtung zu sehen ist, in Gang bringen. Ein Gestaltungsurteil ist nicht erforderlich. Dies folgt aus dem oben zum Fall des betrogenen neuen Teilhabers und soeben zum Fall des bedrohten Altunternehmers genannten Gründen.

Der bedrohte neue Teilhaber kann aber auch, wie der betrogene neue Teilhaber, ein berechtigtes Interesse an der Unternehmensübernahme besitzen. In solchen Fällen hat er die Möglichkeit einer Klage analog §§ 140, 142 HGB.

Bereich 3 :

Da die Abwicklung schon mit der Anfechtung beginnt, entfällt eine Übergangszeit und somit auch der 3. Problembereich.

Bereich 4 :

Mit der Erklärung der Anfechtung beginnt die Abwicklung nach allgemeinem bürgerlichen Recht. Der erpresserische Altunternehmer ist mit Wirkung ex tunc Unternehmensinhaber (vgl. Krit. 2 a). Er kann sämtliche an den Erpreßten erbrachten Leistungen von diesem zurückverlangen, da sie ohne Rechtsgrund erfolgt sind; allerdings bleibt § 814 BGB zu beachten, ferner kann auch hier aufgedrängte Bereicherung in Frage kommen.

Der erpreßte Beigetretene hat ein Interesse an der Herausgabe oder an einem Ersatz für seine "Einlagen" und an einem "Entgelt" für die Nutzung seiner "Einlagen". Im einzelnen gilt folgendes.

Soweit es gelingt, durch Umdeutung Einzelschuldverhältnisse zu gewinnen, ergeben sich aus deren Inhalt das Herausgaberecht und die Gegenleistung. Was die Fälligkeit des Herausgabeanspruchs betrifft, so gilt im Prinzip dasselbe, was soeben zum ersten Beitrittsfall gesagt wurde. Der Erpreßte muß also seine "Einlage" unter Umständen über den Zeitpunkt der Anfechtung hinaus - längstens bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der nächsten fristgemäßen Kündigung - in dem Unternehmen belassen. Denn zwar braucht der Erpreßte nicht auf die Interessen des Erpressers Rücksicht zu nehmen; er muß aber zum Schutz des Unternehmens gewisse Zugeständnisse machen. Dies ist auch unter dem Gesichtspunkt vertretbar, daß der Erpreßte für diese Zeit ein gewinnorientiertes Entgelt erhält. Allerdings wird normalerweise die Grenze des Zumutbaren für den erpreßten Beigetretenen (zweiter Beitrittsfall) eher erreicht sein als für den erpresserischen Beigetretenen (erster Beitrittsfall), weshalb im zweiten Beitrittsfall eine Fristbegrenzung bis zum Wirksamwerden der nächsten ordentlichen Kündigung angebracht ist.

In den übrigen Fällen, in denen eine Umdeutung fehlgeschlagen ist, richtet sich die Rückgabe noch vorhandener Gegenstände des Erpreßten nach § 985 BGB. Der Altunternehmer haftet daneben für Nutzungen im Rahmen der §§ 990, 987 BGB. Bei der Berechnung der Nutzungen ist zu berücksichtigen, daß der erpresserische Altunterneh-

mer nicht auf Kosten des Erpreßten bereichert bleiben soll (vgl. Krit. 1 a); denn ansonsten würde der Erpresser doch noch das erstrebte Ziel erreichen, nämlich die unternehmerische Verwertung der mit unlauteren Mitteln erworbenen "Einlage". Unter Hinzuziehung von § 242 BGB ist also bei Berechnung der Nutzungen der Verletztergewinn zugrunde zu legen.

Soweit die Leistungen des Erpreßten in dem Unternehmen aufgegangen sind, ist der Altunternehmer um ihren Wert ohne Rechtsgrund bereichert und hat den Gegenwert nach Bereicherungsrecht herauszugeben. Die Höhe dieses Werts richtet sich auch hier danach, welchen unternehmerischen Gewinn der Altunternehmer aus der Leistung des Erpreßten gezogen hat. Auf den Wegfall der Bereicherung kann er sich wegen § 819 BGB nicht berufen. Zusätzlich hat der Altunternehmer für die Geschäftsführung seitens des Erpreßten nach Geschäftsführung ohne Auftrag Aufwendungsersatz zu leisten.

Neben diesen Ansprüchen hat der Erpreßte Forderungen auf Schadensersatz, insbesondere aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB mit § 253 StGB.

GRÜNDUNGSFALL

Auch bei der rechtswidrigen Drohung spielen in der Praxis die Gründungsfälle gegenüber den Beitrittsfällen eine untergeordnete Rolle.¹⁾

Dies ergibt sich nicht nur aus der Bestandsaufnahme der Rechtsprechung, sondern auch daraus, daß ein Fall der Erpressung mit dem Ziel der Gründung eines Unternehmens kaum wahrscheinlich ist. Es läßt sich zwar ein Tatbestand denken, in welchem jemand von einem anderen Geld oder einen anderen Gegenstand erpreßt und damit dann ein Unternehmen gründet. Es ist jedoch unwahrscheinlich, daß der Erpresser sodann Wert darauf legte, daß der Erpreßte Mitinhaber wird. Dies wäre wohl nur denkbar für den Fall, daß der Erpreßte aufgrund besonderer persönlicher Eigenschaften ein Gewinn für das Unterneh-

1) Vgl. die Rechtsprechungsnachweise oben S. 83 N. 1.

men wäre, etwa wegen seiner Kreditwürdigkeit oder weil er im Besitz einer gewerberechtlichen Erlaubnis ist.

Gerade der praktisch seltene Gründungsfall bereitet bei der Abwicklung nach allgemeinem Recht erheblich größere Schwierigkeiten als die Beitrittsfälle, für die sich, wie soeben gezeigt, Grundsätze finden lassen, die eine gerechte Abwicklung möglich machen. Dies liegt darin begründet, daß in den Beitrittsfällen das Unternehmen zwanglos einer der Vertragsparteien zugeordnet werden kann, was bei dem Gründungsfall nicht ohne weiteres möglich ist. Denn als solche Zuordnungssubjekte ließen sich nur vorstellen der Erpreßte, der Erpresser oder eine Bruchteilsgemeinschaft aus beiden. Letztere scheidet aber aus zwei Gründen aus. Zum ersten kann eine Bruchteilsgemeinschaft nur über einen einzelnen Gegenstand bestehen, so daß man zu zahlreichen Bruchteilsgemeinschaften mit womöglich unterschiedlichem Mitgliederbestand käme.¹⁾ Dies würde aber dem Ziel widersprechen, das Unternehmen als *G a n z e s* einer Person zuzuordnen. Zweitens spricht gegen die Annahme von Bruchteilsgemeinschaften, was oben gegen die Annahme einer Gesamthand zwischen Erpreßtem und Erpresser gesagt wurde.²⁾ Somit bleibt nur die Möglichkeit, das Unternehmen dem Erpreßten oder dem Erpresser zuzuordnen. Eine generelle Priorität für eine der beiden Personen gibt es nicht; denn so sehr der Erpreßte zu bevorzugen ist, so kann ihm doch jedes Interesse und Talent zu einer Unternehmensleitung abgehen; umgekehrt kann der Erpresser ein befähigter Kaufmann sein. In den Beitrittsfällen ergibt sich dementsprechend die Priorität für die Unternehmensinhaberschaft auch nicht aus der Rolle der Vertragspartei als eines Erpressers oder als eines Erpreßten, sondern aus der vormaligen Inhaberschaft; gerade an einer solchen fehlt es bei den Gründungsfällen.

1) Vgl. hierzu RULAND S.8 ff., 33 f.

2) Vgl. oben S.84 ff.

Als ein Ausweg bietet es sich an, derjenigen Vertragspartei die Rolle des Beigetretenen zuzuordnen, die nur eine unbedeutende unternehmerische Position nach dem Gesellschaftsvertrag besitzt, also im Regelfall dem Kommanditisten oder dem nur geringfügig beteiligten Komplementär. Läßt sich hiernach keine Entscheidung treffen, so ist dem Erpreßten ein Wahlrecht darüber einzuräumen, ob er als Unternehmensinhaber (mit Wirkung ex tunc) gelten will oder nicht (im letzteren Fall gilt der Erpresser als Inhaber). Dies ist mit dem Wahlrecht des Betrogenen im Gründungsfall verwandt, der entweder Auflösungsklage oder die Ausschließungs- beziehungsweise Übernahmeklage erheben kann.

Je nachdem, wie der Erpreßte sich entscheidet, gilt für die Bereiche 1 bis 4 das zum ersten Beitrittsfall Gesagte (der Erpreßte wählt die Position des Altunternehmers) oder das zum zweiten Beitrittsfall Gesagte (der Erpreßte überläßt dem Erpresser die Position des Altunternehmers) entsprechend.

Auf diese Weise wird nicht nur eine Abwicklung nach allgemeinem Recht durchführbar; ferner wird durch die Berechenbarkeit der Abwicklung den Erpreßten die Möglichkeit gegeben, vor seiner Wahl die beiden Alternativen daraufhin zu überprüfen, welche ihm den grösseren Vorteil verspricht. Schließlich wird hierdurch dem Unternehmensschutz noch am ehesten Rechnung getragen. Denn auch das Unternehmen eines Erpressers ist schützenswert.

Zusammenfassung der Grundsätze über die wegen rechtswidriger Drohung fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

1. Beitrittsfall : Der Beitretende hat den Altunternehmer bedroht

Bereich 1 :

Die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers geschieht nach allgemeinem bürgerlichen Recht. Im einzelnen folgt daraus insbesondere :

- a) Gesamthandsvermögen ist nicht entstanden. Der erpreßte Altunternehmer ist Unternehmensinhaber geblieben.
- b) Die Leistungen des Erpressers sind - vorbehaltlich

des unten zu c Gesagten - ohne Rechtsgrund erfolgt; soweit Gegenstände aus dem Vermögen des Erpressers noch vorhanden sind, ist er regelmäßig Rechtsinhaber geblieben, wenn die Anfechtung seitens des Altunternehmers auch die dinglichen Geschäfte vernichtet hat,

- c) Gemäß § 140 BGB können Verpflichtungen des Erpressers aus dem Gesellschaftsvertrag in Einzelschuldverhältnisse umgedeutet werden. Hierbei muß aber vermieden werden, daß auf diesem Weg der Erpresser doch noch zu seinem Ziel, der Gewinnbeteiligung, gelangt. Obere Grenze für die Höhe der Gegenleistung des Altunternehmers ist daher das übliche Entgelt.
Im übrigen bestehen die in dem Gesellschaftsvertrag vereinbarten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht.
- d) Geschäftsführungshandlungen und Beschlüsse, an denen der Erpresser mitgewirkt hat, sind rechtlich unwirksam und können keine Änderung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtslage bewirkt haben.
- e) Leistungen des Altunternehmers an den Erpresser (etwa Gewinnausschüttungen) sind ohne Rechtsgrund erfolgt. Sie können auch nicht als Gegenleistung für die Leistungen des Erpressers angesehen werden, die dieser aufgrund der durch die Umdeutung gewonnenen Verträge erbracht hat.
- f) Für die Vertretungsmaßnahmen des Erpressers und seine Haftung gelten die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht beziehungsweise die Scheingesellschaft.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung zwischen den Vertragsparteien wird durch die Anfechtungserklärung seitens des erpreßten Altunternehmers in Gang gebracht. Diese Anfechtung ist in der Frist des § 124 BGB zu erklären.

Bereich 3 :

Eine Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung existiert nicht.

Bereich 4 :

Mit der Anfechtung beginnt die Abwicklung. Im einzelnen gilt folgendes.

- a) Der Altunternehmer kann gemäß §§ 812 ff. BGB sämtliche an den Erpresser erbrachten Leistungen zurückverlangen. Wegen § 819 BGB kann der Erpresser sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.
- b) Die Herausgaberechte des Erpressers bezüglich noch vorhandener "Einlage"-Gegenstände ergeben sich entweder aus den durch die Umdeutung gewonnenen Einzelschuldverhältnissen oder aus Vindikationsvorschriften. Zum Schutz des erpreßten Altunternehmers und des Unternehmers können die durch Umdeutung gewonnenen Einzelschuldverhältnisse eine über den Zeitpunkt der Anfechtung hinausgehende Laufzeit besitzen; dies gilt

dann, wenn die aus diesen Verträgen resultierenden Rückgabeverpflichtungen nicht ohne Gefahr für das Unternehmen auf der Stelle erfüllt werden können. Die Ansprüche auf Nutzungsentgelt ergeben sich ebenfalls aus den Einzelschuldverhältnissen oder aus Vindikationsvorschriften. Die Verpflichtung des Altunternehmers beschränkt sich auf die Herausgabe der Übermaßfrüchte (§ 993 BGB).

Soweit Leistungen des Erpressers in dem Unternehmen aufgegangen sind, ergibt sich ein Ersatzanspruch für ihn aus den §§ 812 ff. BGB unter Beachtung von § 814 BGB und den Grundsätzen über die aufgedrängte Bereicherung. Für Dienstleistungen erhält der Erpresser Aufwendersatz (Geschäftsführung ohne Auftrag), wenn seine Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen und dem Interesse des Altunternehmers entsprochen hat.

- c) Im übrigen hat der Altunternehmer Schadensersatzansprüche gegen den Beigetretenen.
- d) Der Erpresser kann von dem Altunternehmer Befreiung von seiner Haftung für die Verbindlichkeiten des Altunternehmers verlangen.

2. Beitrittsfall : Der Altunternehmer hat den Beitretenden bedroht

Bereich 1 :

Die Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bis zur Geltendmachung des Vertragsfehlers geschieht nach allgemeinem bürgerlichen Recht. Im einzelnen folgt daraus insbesondere :

- a) Gesamthandsvermögen ist nicht entstanden. Der erpresserische Altunternehmer ist Unternehmensinhaber geblieben.
- b) Die Leistungen des erpreßten Beigetretenen sind - vorbehaltlich des unten zu c) Gesagten - ohne Rechtsgrund erfolgt; soweit Gegenstände aus dem Vermögen des Erpreßten noch vorhanden sind, ist er Rechtsinhaber geblieben, wenn seine Anfechtung auch die dinglichen Geschäfte vernichtet hat.
- c) Gemäß § 140 BGB können Verpflichtungen des Erpreßten aus dem Gesellschaftsvertrag in Einzelschuldverhältnisse umgedeutet werden. Hierbei ist regelmäßig als Wille des Erpreßten anzusehen, daß er für seine "Einlage" ein unternehmerisches Entgelt erhält. Im übrigen bestehen die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Rechte und Pflichten nicht.
- d) Geschäftsführungshandlungen und Beschlüsse, an denen der Erpreßte teilgenommen hat, sind rechtlich unwirksam und können keine Änderung der zwischen den

Vertragsparteien bestehenden Rechtslage bewirkt haben.

- e) Leistungen an den Erpreßten sind ohne Rechtsgrund erfolgt. Sie können auch nicht als Gegenleistungen zu den Leistungen des Erpreßten angesehen werden, die dieser aufgrund der durch Umdeutung gewonnenen Verträge erbracht hat.
- f) Für die Vertretungsmaßnahmen des Erpreßten und seine Haftung gelten die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht beziehungsweise die Scheingesellschaft entsprechend.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung zwischen den Vertragsparteien wird in Gang gebracht durch die Anfechtungserklärung seitens des Erpreßten. Statt dessen kann er im Wege der Klage analog §§ 140, 142 HGB die Unternehmensübernahme anstreben. In der Frist des § 124 BGB muß die Anfechtung erklärt beziehungsweise die Klage erhoben werden.

Bereich 3 :

Eine Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung existiert nicht,

Bereich 4 :

Mit der Anfechtung beginnt die Abwicklung. Im einzelnen gilt folgendes.

- a) Der Altunternehmer kann gemäß §§ 812 ff. BGB sämtliche an den Erpreßten erbrachten Leistungen zurückverlangen; hierbei sind § 814 BGB und die Grundsätze über die aufgedrängte Bereicherung zu beachten.
- b) Die Herausgaberechte des Erpreßten bezüglich noch vorhandener "Einlage"-Gegenstände ergeben sich entweder aus den durch Umdeutung gewonnenen Einzelschuldverhältnissen oder aus Vindikationsvorschriften. Zum Schutz des Unternehmens können die durch Umdeutung gewonnenen Einzelschuldverhältnisse eine über den Zeitpunkt der Anfechtung hinausgehende Laufzeit besitzen; dies gilt dann, wenn die aus diesen Verträgen resultierenden Rückgabeverpflichtungen nicht ohne Gefahr für das Unternehmen auf der Stelle erfüllt werden können. Die Fälligkeit der Rückgabeverpflichtung tritt aber spätestens zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der nächsten ordentlichen Kündigung ein.
Die Ansprüche auf Nutzungsentgelt ergeben sich ebenfalls aus den Einzelschuldverhältnissen oder den Vindikationsvorschriften; die gesetzliche Verpflichtung des Altunternehmers zur Nutzungsherausgabe ergibt sich aus §§ 990, 987 BGB; er hat gemäß § 242 BGB den Verletzergewinn herauszugeben.

Soweit Leistungen des Erpreßten in dem Unternehmen aufgegangen sind, ergibt sich für ihn ein Bereicherungsanspruch. Der Altunternehmer kann sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen (§ 819 BGB). Auch hier ist Wertersatz in Höhe des Verletzergewinns zu zahlen.

Für Dienstleistungen des Erpreßten hat der Altunternehmer zusätzlich nach Geschäftsführung ohne Auftrag Aufwendungsersatz zu leisten.

- c) Im übrigen besitzt der erpreßte Beigetretene gegen den erpresserischen Altunternehmer Schadensersatzansprüche.
- d) Der Erpreßte kann von dem Altunternehmer Freistellung von seiner Haftung für dessen Verbindlichkeiten verlangen.

Gründungsfall

Die rechtliche Bewertung der Gründungsfälle geschieht entsprechend der Bewertung der Beitrittsfälle; zu diesem Zweck wird einem der Gründer die Stellung des Altunternehmers, dem anderen die Stellung des Beigetretenen zugeschrieben wird.

Als Beigetretenen wird derjenige Gründer angesehen, der nach dem Gesellschaftsvertrag eine unbedeutende unternehmerische Position besitzt, im Regelfall also der Kommanditist oder der nur geringfügig beteiligte Komplementär.

Läßt sich auf diesem Weg eine Zuordnung der Vertragsparteien zu dem Unternehmen nicht erreichen, so hat der Erpreßte das Wahlrecht, ob er die eine oder die andere Position einnehmen will.

Somit ist die Regelung für den ersten Beitrittsfall entsprechend heranzuziehen, wenn der Erpresser eine unbedeutende unternehmerische Position einnimmt oder die Position des Beigetretenen nach Wahl des Erpreßten übernehmen muß; die Regelung für den zweiten Beitrittsfall gilt entsprechend, wenn der Erpreßte eine unbedeutende unternehmerische Position besitzt oder die Stellung des Beigetretenen wählt.

C. Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen sittenwidriger Übervorteilung einer Vertragspartei (§ 138 BGB)

§ 138 BGB enthält zwei verschiedene Tatbestände :

1. Tatbestand : Eine Vertragspartei hat eine andere Übervorteilt.

2. Tatbestand : Beide Vertragsparteien haben gemeinschaftlich sittenwidrig gehandelt.

Hier geht es allein um den 1. Tatbestand.

I. Bestandsaufnahme

1. Rechtsprechung

Gesellschaftsverträge, bei deren Abschluß eine Vertragspartei die andere angeblich sittenwidrig Übervorteilt hat, sind schon in zahlreichen Fällen Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen.¹⁾ Nur das Reichsgericht jedoch hatte Gelegenheit auszusprechen, daß eine "fehlerhafte Gesellschaft" auch in einem solchen Fall möglich sei.²⁾ In den vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Tatbeständen wurde entweder eine sittenwidrige Übervorteilung verneint³⁾, oder es waren lediglich einzelne Vertragsbestimmungen nichtig, und das Gericht war der Auffassung, daß hiervon die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags unberührt geblieben sei.⁴⁾ Der Bundesgerichtshof hat in einer Hilfserwägung nach Verneinung der Sittenwidrigkeit des Gesellschaftsvertrags geäußert,

1) Vgl. RG DR 1943,1221; BGH WM 1955,1054; BGHZ 34,80,83; BGH WM 1962,462; BGHZ 37,381; BGH WM 1968,532; BGH NJW 1973,651; BGH WM 1973,900 (betr. Stille Gesellschaft); BGH NJW 1973,1606, insgesamt neun Entscheidungen.

2) Vgl. RG DR 1943,1221.

3) Vgl. die in N.1 unterstrichenen Entscheidungen.

4) Vgl. die in N.1 nicht unterstrichenen Entscheidungen; das OLG München als Vorinstanz zu BGH WM 1955,1054 hielt den betreffenden Gesellschaftsvertrag für insgesamt nichtig, vgl. Anhang, A, Nr.3.

daß selbst bei Verstoß einzelner Klauseln des Vertrags gegen § 138 BGB nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft eine Gesellschaft zwischen den Parteien rechtswirksam bestanden hätte.¹⁾

2. Literatur

Von der Wissenschaft werden die Tatbestände des Verstoßes gegen § 138 BGB im allgemeinen den Tatbeständen des Verstoßes gegen § 123 BGB gleichgestellt.²⁾ Die unterschiedliche Behandlung durch den Gesetzgeber (zum einen tritt die Nichtigkeit automatisch ein, zum anderen nur nach Anfechtung) mache für diesen Zusammenhang zwei unterschiedliche Rechtsfolgen nicht erforderlich. Diese Gleichbehandlung bedeutet, daß Gesellschaftsverträge, die gegen § 138 BGB verstoßen, grundsätzlich mit Invollzugsetzung eine "fehlerhafte Gesellschaft" bilden sollen. Nur im Fall eines "besonders häßlichen Sittenverstoßes"³⁾ beziehungsweise dann, wenn die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht keinen genügenden Ausgleich bietet⁴⁾, soll nach Meinung einzelner Autoren nach allgemeinem Recht abgewickelt werden.⁵⁾

II. Eigene Lösung⁶⁾

1. Das Regelungsziel des § 138 BGB

Diese Vorschrift ist ein weiteres Glied in der Kette derjenigen Vorschriften, welche zum Schutz der Willensfreiheit im Rechtsverkehr aufgestellt worden sind. Die enge Verwandtschaft zur Regelung in § 123 BGB kommt in zweifacher Weise zum Ausdruck.

Zum ersten ist die Rechtsfolge des § 138 BGB (Nichtigkeit) nur solange von der Rechtsfolge des § 123 BGB (Anfechtungsrecht) verschieden, wie der lediglich Getäuschte oder Betrogene nicht angefochten hat. Nach der Anfechtung gilt für beide Tatbestände als Rechtsfolge die Nichtigkeit, also die Abwicklungsanordnung. Hieraus

1) Vgl. BGH WM 1973, 900.

2) Vgl. etwa ERMAN S.65; HUECK S.95 f.; FISCHER § 105,102; ders. NJW 1958,971; REINHARDT Nr.251; GESSLER § 105,62i; SCHULTZE=V.LASAUXX § 705,104; RICHERT MDR 1962,353.

3) FISCHER § 705,41.

4) SCHULTZE=V.LASAUXX § 705,104 a.E.

5) Ohne diese Einschränkung FISCHER § 105,83,97,102.

6) Vgl. oben S.50 N.2.

ist zu schließen, daß auch im Gesellschaftsrecht unterschiedliche Rechtsfolgen für die Fälle des § 138 BGB einerseits und für die Fälle des § 123 BGB andererseits nicht angebracht sind.

Zum zweiten werden auch innerhalb des § 138 BGB Fälle von Beeinträchtigungen der Willensbildung (Unerfahrenheit, Leichtsinn) einerseits und Fälle von Beeinträchtigungen der Willensbetätigung (Not) andererseits angesprochen. Hieraus folgt, daß auch innerhalb des § 138 BGB - wie auch innerhalb des § 123 BGB - im Gesellschaftsrecht eine entsprechende Unterscheidung bezüglich der Rechtsfolgen zu treffen ist.

2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems

Die enge Verwandtschaft der Vorschriften des § 123 BGB und des § 138 BGB hat zur Folge, daß die oben aufgestellten Kriterien für Fälle des Betrugs (S.52 f.) und der Bedrohung (S.86 f.) auf die entsprechenden Fälle des § 138 BGB angewandt werden können.

3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen sittenwidriger Übervorteilung einer Vertragspartei fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

Die Gleichbehandlung von Verstößen gegen § 123 BGB mit Verstößen gegen § 138 BGB hat zur Folge, daß die oben entwickelten Rechtsfolgen für die wegen Verstoßes gegen § 123 BGB fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse ganz entsprechend auf die wegen Verstoßes gegen § 138 BGB fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse anzuwenden sind. Für Fälle der Beeinträchtigung der Willensbildung gilt das zum Betrugsfall Ausgeführte (S.53 ff.) und für die Fälle der Beeinträchtigung der Willensbetätigung gilt das zum Bedrohungsfall Ausgeführte (S.87 ff.).

D. Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

I. Bestandsaufnahme

Für den Fall des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot sind zwei Fragen voneinander zu trennen : Die Vorfrage, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschaftsvertrag gemäß § 134 BGB nichtig ist, wenn bei Vertragsabschluß gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen worden ist, von der Hauptfrage, nach welchen Vorschriften ein gemäß § 134 BGB fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis abzuwickeln ist.

1. Rechtsprechung

In einer größeren Zahl von Entscheidungen ging es um die Vorfrage, ob ein Gesellschaftsvertrag deswegen nichtig ist, weil bei seinem Abschluß in irgendeiner Weise gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen worden ist.¹⁾ Zur Entscheidung dieser Frage wird gesagt, daß ein Gesellschaftsvertrag nur dann gemäß § 134 BGB nichtig sei, wenn der Gesellschafts-
zweck verboten ist.²⁾ So soll ein Gesellschaftsvertrag dann nicht gegen § 134 BGB verstoßen, wenn bei einem nicht verbotenen Zweck

- der Erwerb des Gesellschaftsvermögens verboten war;³⁾
- die Betätigung der Gesellschafter hinsichtlich einzelner ihrer Vertragspflichten verboten ist;⁴⁾
- gewerbepolizeiliche Zulassungsvorschriften nicht beachtet worden sind;⁵⁾

1) Vgl. OLG Danzig ZakDR 1943,237,238 a.E. (offen gelassen); RG DR 1943,806 (verneint); BGH v.11.4.1951 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.1 - (bejaht); BGHZ 8,157 (verneint, jedoch vom Berufungsgericht bejaht, vgl. BGHZ 8,157,161) (betr. Stille Gesellschaft); BGH BB 1954,456 (bejaht); OLG München v.2.9.1954 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.3- (verneint); KG NJW 1956,713 (bejaht)(betr. Stille Gesellschaft); KG NJW 1958,1827 (verneint, gegen BGHZ 8,157); BGH WM 1966,736 (verneint); BGH WM 1967,229 (bejaht).Vgl. auch BVerwGE 22,16; BVerwG GewA 1965,7 (dazu die Berufungsentscheidung OVG Münster GewA 1962,84 = BB 1962,541); BVerwG GewA 1965,34.

2) Vgl. RG DR 1943,806; BGH WM 1966,736.

3) Vgl. BGH NJW 1967,36 (für § 138 BGB).

4) Vgl. BGH WM 1966,736.

5) Vgl. KG NJW 1958,1827 f.

- bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags gegen Steuervorschriften verstoßen worden ist.¹⁾

Zu der Hauptfrage, nach welchen Vorschriften die Abwicklung eines gemäß § 134 BGB fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses geschehen soll, wird gesagt, daß die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft (also Abwicklung nach Gesellschaftsrecht) nur insoweit anzuwenden seien, wie dies mit Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes in Einklang stehe.²⁾ Wenn die zur Durchführung des gewerberechtlichen Verbots zuständige Behörde verbotswidrig die Gesamthand zeitweilig hat tätig werden lassen, so soll auf diesen Zeitraum Gesellschaftsrecht Anwendung finden.³⁾

2. Literatur

Die Wissenschaft stimmt der Rechtsprechung in der Beantwortung der Vorfrage zu, indem sie sagt, daß ein Gesellschaftsvertrag dann gemäß § 134 BGB nichtig sei, wenn der Gesellschaftszweck verboten ist.⁴⁾

Die Hauptfrage, nach welchen Vorschriften ein gemäß § 134 BGB fehlerhaftes Gesellschaftsverhältnis abzuwickeln ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Eine oft vertretene Ansicht geht dahin, daß sich auch für diesen Fall eine "fehlerhafte Gesellschaft" gebildet hat und also die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht zu geschehen habe.⁵⁾ Der überwiegende Teil der

-
- 1) Vgl. OLG München v. 2.9.1954 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.3.
 - 2) Vgl. BGH v.11.4.1951 - unveröff., vgl. Anhang, A, Nr.1-: "Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft würde im Rahmen des Gesetzes Nr.52 zu Folgerungen führen, die dieses Gesetz ausschließen will, so daß eine Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft in diesem Fall nicht möglich ist." BGH BB 1954,456: "Mag auch in Fällen einer solchen Nichtigkeit im allgemeinen eine rechtliche Anerkennung des so geschaffenen tatsächlichen Zustandes nicht möglich sein, weil das dem Grundgedanken des Verbotsgesetzes widerspräche..."
 - 3) Vgl. BGH BB 1954,456.
 - 4) Vgl. FISCHER § 105,95; WEIPERT § 105,69; BAUMBACH-DUDEN § 105,8 E.
 - 5) Vgl. RULAND S.112; BEITZKE S.63; BUCHWALD GmbHRdsch 1954,145,148; SCHMIDT-RIMPLER AcP 155,158,162; POMMERENING S.62 ff.; GANSSMÜLLER DB 1955,257,259 (jedenfalls bezüglich der Notwendigkeit einer Gestaltungs-klage).

Lehre¹⁾ stimmt jedoch grundsätzlich für eine Abwicklung nach allgemeinem Recht²⁾ und läßt Ausnahmen zu, wenn die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht gegen Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes verstossen würde oder wenn ein Tatbestand wie im Fall BGH BB 1954,456 vorliegt.³⁾

II. Eigene Lösung

1. Das Regelungsziel des § 134 BGB

§ 134 BGB ist ein "offener Tatbestand". Es kann nicht aus dieser Vorschrift allein die Nichtigkeit eines Vertrags hergeleitet werden; vielmehr bedarf es dazu jeweils einer zusätzlichen Norm, des Verbotsgesetzes. Dementsprechend läßt sich auch aus § 134 BGB nicht das Regelungsziel des Gesetzgebers entnehmen. Dieses kommt vielmehr in der Verbotsnorm zum Ausdruck.

Aus dieser Struktur folgt, daß auf jede Verbotsnorm einzeln einzugehen ist, wenn die Frage beantwortet werden soll, ob sich aus dem Regelungszusammenhang der Nichtigkeitsanordnung Richtlinien für die Konstruktion eines Abwicklungssystems ergeben.

Zweckmäßigerweise wird man so verfahren, daß man typisch gleiche Verbotsgesetze zu Gruppen zusammenfaßt. Eine solche Einzeluntersuchung ist bisher nicht zu finden. Die vorliegende Arbeit soll an Hand von einer Gruppe von Verbotsgesetzen exemplarisch eine Lösung aufzeigen.

-
- 1) Vgl. HUECK S.94; FISCHER § 105,95; GESSLER § 105,62g; KÖTTER S.325; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.62; REINHARDT Nr.249; BAUMBACH-DUDEN § 105,8 E; KESSLER § 705,125 f.; SCHULTZE-V.LASAUUX § 705,102.
 - 2) Hierbei soll es nicht darauf ankommen, ob die Vertragsparteien bewußt und gewollt gegen das Verbotsgesetz verstoßen haben, vgl. HUECK S.94, N.66; REINHARDT Nr.249; GESSLER § 105,62g; SIEBERT, Fakt.Vertragsverhältnisse, S.63; RICHERT MDR 1962,356. A.A.: KESSLER § 705,126; FISCHER NJW 1955,850 (neuerdings meint FISCHER, unbewußte und ungewollte Gesetzesverstöße könnten einen Ausnahmetatbestand darstellen, müßten es aber nicht, vgl. NJW 1958,970 und § 105,96).
 - 3) Vgl. oben im Text S.107 bei N.3.

Eine bedeutsame¹⁾ Gruppe bilden die gewerberechtlichen Vorschriften, welche Voraussetzungen für den Betrieb eines Handelsgewerbes aufstellen und für den Fall des Fehlens dieser Voraussetzungen den Betrieb des Handelsgewerbes untersagen. Solche Vorschriften durchziehen in großer Zahl das Gewerberecht.²⁾

Bevor das Regelungsziel der gewerberechtlichen Verbotsvorschriften untersucht wird, muß die Vorfrage beantwortet werden, die für diese Fallgruppe von Verbotsgesetzen lautet : Wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes verboten ist, weil es an einer gewerberechtlichen Voraussetzung fehlt, ist dann auch der auf den gemeinsamen Betrieb des Handelsgewerbes gerichtete Gesellschaftsvertrag verboten und nichtig ?

Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn der Grund für das Verbot im Gesellschaftsvertrag seinen Niederschlag gefunden hat.³⁾ Denn in einem solchen Fall würde die Erfüllung des Gesellschaftsvertrags die Vornahme von verbotenen Handlungen bedeuten und das Verlangen der Erfüllung das Verlangen einer verbotenen Handlung beinhalten.

Untersucht man, in welchen Fällen der Verbotsgrund im Gesellschaftsvertrag seinen Niederschlag gefunden hat, so erweist sich die Unterscheidung in subjektive

-
- 1) Vgl. die Urteile BGHZ 8,157; BGH BB 1954,456; KG NJW 1956,713; KG NJW 1958,1827; BGH WM 1967,229.
Eine zusätzliche Bedeutung gewinnt diese Fallgruppe durch die in letzter Zeit häufig zu beobachtende Einschränkung oder Schließung von umweltgefährdenden Unternehmen. Als Beispiel kann die Aluminiumhütte der Reynolds Aluminium GmbH, Hamburg, dienen, die nach einer Meldung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung v.30.8.1974 schon kurz nach Betriebsaufnahme von der Schließung bedroht war, weil Landwirte aus der Umgebung in den Immissionen von Fluor Gefahren für den Obst-, Gemüse- und Blumenanbau sahen.
 - 2) Vgl. etwa § 2 GaststättenG; § 1 UMG; § 2 PBefG; §§ 8 Abs.1, 80, 90 Abs.1 GüKG (vgl. auch § 5 GüKG); § 20 Abs.1 LuftVG; § 3 EinzelhandelsG; § 1 Abs.1 MühlenG; §§ 16 ff.,30 ff. GewO; § 32 KreditwesenG; vgl. auch § 906 BGB.
 - 3) Vgl. hierzu BGH WM 1967,229,230: "Da dieser gesetzwidrige Betrieb Gegenstand des Gesellschaftsvertrags war, konnte der Vertrag auch wegen seines Inhalts keine rechtliche Bindung erzeugen.

und objektive Voraussetzungen für den Betrieb eines Handelsgewerbes als fruchtbar.

Wichtigste subjektive Voraussetzungen sind Fachkunde und Zuverlässigkeit des "Unternehmers". Diese Voraussetzungen müssen bei einer Gesellschaft von den Gesellschaftern erfüllt sein, da diese gewerberechtlich "Unternehmer" sind.¹⁾ Dies gilt allerdings nur für solche Gesellschafter, die an der Leistung des Unternehmens beteiligt sind; hierunter fallen also gewöhnlich nicht die Kommanditisten.

Wichtigste objektive Voraussetzung ist die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften technischer, hygienischer und sonstiger Art. Die objektiven Voraussetzungen müssen von der Gesellschaft erfüllt werden.

Erfüllt einer der Gesellschafter mit gewerberechtlicher Unternehmereigenschaft eine subjektive Voraussetzung nicht und wird deshalb der Betrieb des Unternehmens verboten, so findet der Verbotsgrund seinen Niederschlag im Gesellschaftsvertrag. Denn da ein Gesellschafter nicht notwendig an der Leitung eines Unternehmens beteiligt ist, folgt seine gewerberechtliche Unternehmereigenschaft erst aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags; wären diese Vertragsbestimmungen nicht getroffen worden und der betreffende Gesellschafter etwa als Kommanditist beteiligt oder wäre der Betreffende gar nicht Mitinhaber des Unternehmens geworden, so wäre der Betrieb des Unternehmens nicht verboten worden. Beim Fehlen einer subjektiven Voraussetzung ist der Gesellschaftsvertrag also gemäß § 134 BGB nichtig.

Beim Fehlen einer objektiven Voraussetzung läßt sich nicht allgemein sagen, ob der Verbotsgrund einen Niederschlag im Gesellschaftsvertrag gefunden hat oder nicht. Zur Veranschaulichung kann der Fall der oben S.109 N.1 genannten Aluminiumhütte dienen, welche wegen ihres Fluorausstoßes von einer Schließung bedroht war. Es ist zu unterscheiden, ob der Fluorausstoß durch technische Anlagen zu wirtschaftlich akzeptablen Kosten unter die Höchstwerte gesenkt werden kann oder ob die

1) Vgl. BVerwGE 22,16,19; LANDMANN-ROHMER, GewO, § 35,48

Produktion von Aluminium nur unter Überschreiten der zulässigen Immissionswerte möglich ist. Im ersten Fall findet der Verbot Grund (Überschreitung der zulässigen Immissionswerte) im Gesellschaftsvertrag keinen Niederschlag, da ein Gesellschaftsvertrag - jedenfalls im Regelfall - über technische Einzelheiten der Produktion keine Regelungen enthält. Im zweiten Fall hingegen ist die Verletzung des gewerberechtlichen Verbotsgesetzes bereits im Gesellschaftsvertrag angelegt, da im Gesellschaftsvertrag der Betrieb einer Aluminiumhütte vereinbart ist, und dieser Betrieb ist nur möglich unter Verletzung des Verbotsgesetzes. Hieraus folgt, daß im ersten Fall der Gesellschaftsvertrag nicht nichtig ist. Wenn die Unternehmensleitung die Maßnahmen zur Einhaltung der Sicherheitsvorschriften nicht trifft und deshalb das Unternehmen geschlossen wird, so ist der Gesellschaftszweck unerreichbar geworden und die Gesellschaft ist aufzulösen.¹⁾ Hingegen ist im zweiten Fall der Gesellschaftsvertrag verboten und daher gemäß § 134 BGB nichtig.

Zusammenfassend läßt sich die Vorfrage also wie folgt beantworten :

Ist der Betrieb eines Unternehmens verboten, weil ein Gesellschafter subjektive Voraussetzungen nicht erfüllt, so ist auch der Gesellschaftsvertrag verboten und nichtig.

Ist der Betrieb eines Unternehmens verboten, weil objektive Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so ist der Gesellschaftsvertrag nur dann verboten und nichtig, wenn das Unternehmen nicht anders als durch Verletzung der objektiven Voraussetzungen betrieben werden kann.

Es kann nummehr das Regelungsziel der gewerberechtlichen Verbotsgesetze untersucht werden. Dieses Ziel ergibt sich am deutlichsten aus den Voraussetzungen, die für den Betrieb eines Unternehmens aufgestellt sind

Aus den subjektiven Voraussetzungen Fachkunde und Zuverlässigkeit ergibt sich das Ziel des Gesetzgebers,

1) Vgl. hierzu HUECK S.350.

vom Wirtschaftsleben nach Möglichkeit Personen insoweit fernzuhalten, wie von ihnen eine Gefährdung für andere ausgeht. Dabei geht es jedoch nicht darum, diese Personen allgemein vom kaufmännischen Verkehr fernzuhalten, sondern sie nur an der Arbeit in einer bestimmten Branche (Sachkunde und fachliche Zuverlässigkeit) oder der Teilnahme in bestimmter Weise (persönliche Zuverlässigkeit) zu hindern. Der mangels Fachkunde Abgewiesene kann also in anderen Branchen, in denen er Fachkunde besitzt oder nicht nachweisen muß, durchaus Kaufmann werden. Und der wegen Unzuverlässigkeit Zurückgewiesene kann als stiller Gesellschafter, Kommanditist oder in sonstiger Weise sein Kapital anlegen.¹⁾ Es geht also dem Gesetzgeber nicht darum, Personen mit bestimmten Eigenschaften die Teilnahme am kaufmännischen Leben und kaufmännischen Gewinnstreben schlecht hin zu untersagen, sondern allein darum, ihnen eine ganz bestimmte Tätigkeit zum Schutz Dritter zu verbieten.

Die objektiven Voraussetzungen zielen ebenfalls darauf, Vorsorge zum Schutz von Belegschaft, Konsumenten und Unternehmensanliegern zu treffen, indem Mindestanforderungen an Betriebssicherheit der Anlagen, Hygiene der Produkte und Abwehr von Immissionen gestellt werden.

Aus diesen Verbotszielen ergibt sich, daß das Gesetz darauf gerichtet ist, die T ä t i g k e i t solcher Unternehmer und Unternehmen zu verhindern, bei denen die subjektiven oder objektiven Voraussetzungen nicht gegeben sind. Dieses Gesetzesziel ist also in die Zukunft gerichtet. Da Handlungen v e r h i n d e r t werden sollen, kann ein Interesse an Sanktionen nicht bestehen, wenn die Handlungen doch g e s c h e h e n sind. Die rechtlichen Konsequenzen des Handelns rückgängig zu machen, ist vom Gesetzgeber nicht intendiert. Ein solches Rückgängigmachen würde nicht aus dem Ziel des Verbotsgesetzes begründet werden können.²⁾

1) Vgl. LANDMANN-ROHMER, GewO, § 35, 48 Abs. 3.

2) Vgl. hierzu auch PAWLOWSKI JZ 1970, 508.

Es lassen sich also folgende Regelungsziele erkennen :

Die A l l g e m e i n h e i t soll vor Gefahren durch den Betrieb eines Unternehmens bewahrt werden, dessen Inhaber nicht bestimmten Anforderungen genügen. Der Schutz der Allgemeinheit ist bereits erreicht, wenn der Unternehmensbetrieb eingestellt wird beziehungsweise derjenige Mitinhaber aus der Unternehmensleitung ausscheidet, der eine subjektive Voraussetzung nicht erfüllt. Eine bestimmte Form der Abwicklung des fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisses ist vom Gesetz nicht verlangt. Insbesondere ist es mit dem Verbotsgesetz vereinbar, daß die von dem Verbot betroffenen Mitinhaber unternehmerische Vorteile behalten, die sie aus dem Vollzug des verbotenen Gesellschaftsvertrags gezogen haben.

Der Schutz e i n z e l n e r V e r t r a g s - p a r t e i e n des Gesellschaftsvertrags wird grundsätzlich mit den gewerberechtlichen Verbotsvorschriften nicht verfolgt und kann also hier außer Betracht bleiben. Nur für den Fall, daß das Verbot nur einzelne der Vertragsparteien betrifft, ist zu bedenken, daß die anderen nicht an dem Betreiben des Gewerbes gehindert werden sollen. Daher ist zu gewährleisten, daß diese anderen im Rahmen des rechtlich Möglichen das Unternehmen weiterführen können.

2. Die Konkretisierung der Kriterien zur Entwicklung des Abwicklungssystems

Zu Kriterium 1 a :

Aus dem Regelungsziel der gewerberechtlichen Verbotsnormen ergibt sich kein Grund dafür, die Rückabwicklung gerade in der Form des allgemeinen Rechts vorzunehmen. Also ist die Abwicklung in der angemesseneren Form des Gesellschaftsrecht durchzuführen.

Zu Kriterium 1 b :

Die Abwicklungsregelung hat zu berücksichtigen, daß grundsätzlich die Vertragsparteien gleich behandelt werden. Diejenige Vertragspartei, welcher eine sub-

jektive Voraussetzung fehlt, kann sich gegen einen Ausschluß wehren, indem er sich bereit erklärt, aus verantwortlicher Position zurückzutreten.

Zu Kriterium 2 :

Dieses Kriterium paßt nicht auf den Fall des Verbots der Unternehmensführung aus objektiven Gründen, da in einem solchen Fall das Unternehmen eingestellt wird. Dasselbe gilt für den Fall des Verbots der Unternehmensführung aus subjektiven Gründen, wenn es bei sämtlichen Teilhabern an den subjektiven Voraussetzungen fehlt. Das Kriterium ist aber anwendbar auf den Fall, daß bei mindestens einem Teilhaber die subjektiven Voraussetzungen für die Unternehmensführung gegeben sind und objektive Hindernisse nicht entgegenstehen.

Zusammenfassung :

Die Rechtsfolgen für die wegen Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse ergeben sich unter Anwendung der folgenden Kriterien.

- 1 a Die gebotene Abwicklung geschieht grundsätzlich nach Gesellschaftsrecht.
- 1 b Bei der Abwicklung sind grundsätzlich die Vertragsparteien gleich zu behandeln. Diejenige Vertragspartei, welcher eine subjektive Voraussetzung fehlt, kann sich gegen einen Ausschluß wehren, indem sie sich bereit erklärt, aus verantwortlicher Position zurückzutreten.
- 2 Für den Fall, daß bei einer der Vertragsparteien die subjektiven Voraussetzungen für die Unternehmensführung gegeben sind und keine objektiven Hindernisse entgegenstehen, gilt folgendes :
 - 2 a Das Unternehmen ist nach Möglichkeit zu erhalten.
 - 2 b Im Fall eines Gründungsvertrags besitzt jeder der Gründer die Möglichkeit der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses. Daneben kann statt dessen derjenige Gründer, der die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, nach §§ 140, 142 HGB vorgehen.
 - 2 c Bei den Beitrittsfällen soll der alte Unternehmensinhaber grundsätzlich auch zukünftig wieder Inhaber werden.
3. Die Entwicklung der Rechtsfolgen für die wegen Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse

Es ist zu unterscheiden zwischen den Fällen der notwendigen Unternehmensbeendigung (Verstoß gegen eine objektive Voraus-

setzung und Verstoß gegen subjektive Voraussetzungen bei sämtlichen Mitinhabern in Unternehmerposition) und den Fällen, in denen eine Unternehmensfortführung möglich ist, sobald derjenige Mitinhaber, dem eine subjektive Voraussetzung fehlt, aus der Unternehmensleitung ausgeschieden ist.

a) Der Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung

Eine Unterscheidung in Beitritts- und Gründungsfälle ist hier nicht erforderlich, da die - mit dieser Unterscheidung bezweckte - Zuordnung des Unternehmens in allen Fällen dieselbe ist : Für die Vergangenheit ist die Gesamthand sämtlicher Vertragsparteien Unternehmensinhaber, in der Zukunft existiert das Unternehmen nicht mehr.

Bereich 1 :

Wenn die Abwicklung nach Gesellschaftsrecht geschehen soll (vgl. Krit.1 a), so ist hierfür Voraussetzung, daß eine Gesamthand mit Gesamthandsvermögen entstanden ist und die Rechtsverhältnisse dieser Gesamthand für die Vergangenheit nach Gesellschaftsrecht, also in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag, bewertet werden. Der fehlerhafte Zusammenschluß wird also hinsichtlich der Vergangenheit im Innen- und im Außenverhältnis wie eine intakte Gesellschaft angesehen.

Bereich 2 :

Es ist zu entscheiden, in welcher Weise die Abwicklung in Gang gesetzt wird. Man könnte daran denken, an die Tatsache anzuknüpfen, daß die Unternehmensfortführung unmöglich und damit der Gesellschaftszweck nicht mehr zu erfüllen ist. Jedoch führt dies nicht weiter, da die Unmöglichkeit der Zweckerreichung die Gesamthand nicht automatisch auflöst; denn ein Auflösungsgrund "Unmöglichkeit der Zweckerreichung" ist in § 131 HGB nicht enthalten. Die Gesamthand ist also nur auflösbar¹⁾, und es bleibt also bei der Frage, in welcher Weise diese Auflösung herbeigeführt werden kann.

Zur Entscheidung dieser Frage ist zu bedenken, daß die Untersagung des Unternehmensbetriebs in Form eines Verwaltungsakts geschehen ist. Es liegt also bereits die Beurtei-

1) Vgl. HUECK S.350.

lung der Rechtslage durch einen neutralen Dritten vor. Wenn sich die Gesamthänder mit dieser behördlichen Entscheidung abfinden und die Bestandskraft des Verwaltungsakts eintreten lassen, dann ist es überflüssig, von ihnen eine gerichtliche Entscheidung in Form eines Auflösungsurteils analog § 133 HGB zu verlangen, damit die Abwicklung ausgelöst wird. Denn der Zweck der Verweisung auf den Rechtsweg - die verbindliche Klärung der Rechtslage durch einen Neutralen - ist bereits dadurch erreicht, daß der Verwaltungsakt bestandskräftig geworden ist. Darum wird die Abwicklung in diesem Fall mit einer entsprechenden Erklärung von einem der Gesamthänder, einer außerordentlichen Kündigung also, ausgelöst; diese Kündigung entfaltet ihre Wirkung ab Bestandskräftigwerden des Verwaltungsakts

Wenn sich ein oder mehrere Gesamthänder mit der behördlichen Anordnung nicht zufrieden geben und den Verwaltungsrechtsweg beschreiten, dann würde ein Auflösungsprozeß ebenfalls verfehlt sein; denn in diesem zivilrechtlichen Verfahren könnte nicht die wesentliche Frage - ob das Unternehmen fortgeführt werden darf - entschieden werden. Vielmehr ist in diesem Fall der Ausgang des Verwaltungsprozesses abzuwarten. Wenn dort rechtskräftig entschieden wird, daß das Unternehmen nicht weiter betrieben werden darf, dann beginnt die Abwicklung, sobald ein Gesamthänder die Kündigung ausgesprochen hat und die Rechtskraft des Verwaltungsgerichtsurteils eingetreten ist.

Bereich 3 :

In der Übergangszeit zwischen der Schließung des Unternehmens und dem Beginn der Abwicklung können Entscheidungen über das Gesamthandsvermögen zu fällen sein; diese Entscheidungen hat das nach dem Gesellschaftsvertrag zuständige Organ zu treffen. Es ist jedoch zulässig, einen Notgeschäftsführer zu bestellen, da es den Gesamthändern nicht zugemutet werden kann, für eine unter Umständen sehr lange Dauer jederzeit zur Verfügung zu stehen, ohne ein entsprechendes Entgelt erwarten zu können. Im übrigen bleiben Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag nur insoweit bestehen, wie dies zur Verwaltung des

Gesamthandsvermögen erforderlich ist.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geschieht nach Gesellschaftsrecht, also mangels anderer vertraglicher Vereinbarung durch Liquidation.

b) Der Fall der möglichen Unternehmensfortführung

BEITRITTSFALL : Ein Altunternehmer hat einen neuen Teilhaber in verantwortliche Stellung aufgenommen, dem eine subjektive gewerberechtliche Voraussetzung zur Unternehmensleitung fehlt

Bereich 1 :

Für diesen Bereich gilt das soeben zum Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung Gesagte entsprechend.

Bereich 2 :

Aus den oben zum Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung genannten Gründen ist auch hier eine gerichtliche Entscheidung zur Auslösung einer Abwicklung nicht erforderlich. Aus dem Bestreben, nach Möglichkeit das Unternehmen zu erhalten (vgl. Krit. 2 a) folgt, daß dem Altunternehmer eine Möglichkeit eingeräumt werden muß, das Unternehmen zukünftig allein fortzuführen. Zu diesem Zweck ist ihm das Recht zu geben, das Unternehmen durch einfache Erklärung wieder zu übernehmen.

Bedenken gegen dieses Recht können nur unter dem Gesichtspunkt bestehen, daß der neue Teilhaber die behördliche Maßnahme, die sich auf seine Person bezieht, nicht akzeptiert. Erfüllt er nämlich in Wirklichkeit doch die subjektiven Voraussetzungen und stellt sich dies erst im Verlauf eines Verwaltungsrechtsstreits heraus, so würde er bis dahin zu Unrecht aus der Gesamthand ausgeschlossen gewesen sein. Würde man andererseits dem Altunternehmer ansinnen, bis zur Klärung dieser Frage den Betrieb des Unternehmens einzustellen, so würde man von dem Altunternehmer ein erhebliches Opfer verlangen, das gewöhnlich dazu führen würde, daß eine Wiedereröffnung nicht mehr gelingt. Es stehen sich also das Interesse des neuen Mitinhabers an dem Verbleiben in der Gesamthand einerseits und das Interesse des

Altunternehmers an der Erhaltung des Unternehmens andererseits gegenüber. In diesem Interessenkonflikt muß die Entscheidung zugunsten des Altunternehmers fallen. Dies folgt daraus, daß nur auf diese Weise das Unternehmen in seinem Bestand erhalten werden kann, wohingegen dem Interesse des neuen Teilhabers auf andere Weise weitgehend Genüge getan werden kann. Er kann nämlich von dem Altunternehmer verlangen, daß dieser mit ihm einen neuen Gesellschaftsvertrag abschließt, in welchem der neue Teilhaber auf eine leitende Stellung verzichtet. Letztlich spricht gegen die Bevorzugung des Interesses des neuen Mitinhabers, daß erst er die Störung in die Unternehmensführung getragen hat.

Übt der Altunternehmer sein Übernahmerecht nicht aus, dann kann jeder der Gesamthänder die Gesamthand durch Kündigung mit sofortiger Wirkung auflösen.

Bereich 3 :

Die Übergangszeit zwischen Geltendmachung des Vertragsfehlers durch Übernahmeerklärung und Beginn der Abwicklung existiert nicht, so daß der Problembereich 3 keine Bedeutung besitzt.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geschieht auch hier grundsätzlich nach Gesellschaftsrecht; der Altunternehmer ist mit Wirkung ex nunc wieder alleiniger Unternehmensinhaber. Der neue Teilhaber erhält ein Abfindungsguthaben auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags.

Jedoch gilt eine Besonderheit. Statt eine Abwicklung durchzuführen, ist auf Verlangen des neuen Teilhabers ein neuer Gesellschaftsvertrag zu schließen, in welchem der neue Teilhaber eine solche Position erhält, welche die Gefahr einer erneuten Untersagung des Gewerbebetriebs ausschließt

Wird die Gesamthand durch Kündigung aufgelöst, so kommt es mangels anderer vertraglicher Vereinbarung zur Liquidation.

GRÜNDUNGSFAIL

Bereich 1 :

Es gilt dasselbe, was oben zum Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung gesagt wurde.

Bereich 2 :

Eine Abwicklung wird ausgelöst, wenn einer der Gesamthänder das Gesellschaftsverhältnis aufkündigt.

Aus den soeben dargelegten Gründen ist eine Gestaltungs-klage auch hier nicht erforderlich. Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung ab Bestandskräftigwerden des Verwaltungsakts.

Wenn derjenige Gesamthänder, der das Verbot zu verantworten hat, sich mit der behördlichen Verfügung nicht zufrieden gibt, so kann er den Verwaltungsrechtsweg beschreiten. Der Ausgang dieses Verfahrens ist dann abzuwarten, bevor mit der Abwicklung begonnen wird. Es gilt sodann dasselbe, was im Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung gesagt wurde.

Derjenige Gründer, der die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, kann die Klage analog §§ 140, 142 HGB erheben (vgl. Krit. 2 b).

Bereich 3 :

Entscheidungen, die in der Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung zu fällen sind, haben die nach dem Gesellschaftsvertrag hierfür zuständigen Organe zu treffen. Es kann auch ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Die Gründer haben während der Übergangszeit die vertraglichen Rechte und Pflichten nur insoweit, wie dies zur Verwaltung des Gesamthandsvermögens erforderlich ist.

Erhebt ein Gesamthänder Übernahme- oder Auflösungsklage, so entsteht die Situation, daß die Unternehmensfortführung in Aussicht genommen ist, das Unternehmen aber mit Einschluß desjenigen Gesamthänders, der eine subjektive Voraussetzung nicht besitzt, nicht fortgeführt werden kann. Der klagende Gesamthänder muß deshalb für die Übergangszeit von dem anderen verlangen können, daß dieser auf seine Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag verzichtet, die seine gewerberechtliche Unternehmereigenschaft begründen. Notfalls kann dieses Verlangen im Wege einer Klage oder einstweiligen Verfügung analog §§ 117, 127 HGB durchgesetzt werden.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geschieht nach Gesellschaftsrecht, also bei Auflösung der Gesamthand durch Liquidation, falls nicht andere vertragliche Vereinbarungen bestehen. Jedoch ist auch Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags zwischen den Gründern mög-

lich, in welchem der Fehler des alten Vertrags vermieden wird. Weigert sich der Gründer, bei dem die subjektive Voraussetzung fehlt, auf eine leitende Stellung zu verzichten, so bleibt es bei der Liquidation. Es wäre nicht gerechtfertigt, dem anderen Gründer allein deshalb ein Vorrecht (etwa ein Übernahmerecht) einzuräumen, weil gegen ihn als Unternehmensinhaber gewerberechtlich keine Bedenken bestehen. Will er das Unternehmen in seine Hand bekommen, so muß er die Klage analog §§ 140, 142 HGB betreiben. Hat er mit dieser Klage Erfolg, so erfolgt die Abwicklung in der Form, daß der andere Gründer ein Abfindungsguthaben erhält, das sich nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags errechnet.

Zusammenfassung der Grundsätze über die wegen Verstoßes gegen ein gewerberechtliches Verbotsgesetz fehlerhaften Gesellschaftsverhältnisse (§ 134 BGB)

Wenn der Betrieb eines Unternehmens aus gewerberechtlichen Gründen verboten ist, dann ist auch der auf diesen Betrieb gerichtete Gesellschaftsvertrag verboten und nichtig (§ 134 BGB), wenn der Grund für das Verbot im Gesellschaftsvertrag seinen Niederschlag gefunden hat. Darum ist ein Gesellschaftsvertrag immer dann nichtig, wenn der Unternehmensbetrieb deshalb verboten ist, weil bei einem der Unternehmer-Gesellschafter eine subjektive Voraussetzung zur Unternehmensleitung fehlt. Ferner ist der Gesellschaftsvertrag dann nichtig, wenn der geplante Betrieb des Unternehmens nicht anders als durch Verstoß gegen ein objektives Gewerbeverbot möglich ist.

- a) Der Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung (eine objektive Voraussetzung fehlt oder subjektive Voraussetzungen fehlen bei sämtlichen Unternehmer-Gesellschaftern)

Bereich 1 :

Es ist Gesamthandsvermögen entstanden. Die Gesamthand ist Unternehmensinhaber. Die Rechtsverhältnisse der Gesamthand bestimmen sich nach Gesellschaftsrecht.

Bereich 2 :

Die Abwicklung wird durch eine außerordentliche Kündigung von seiten eines der Gesamthänder ausgelöst. Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung mit Bestandskräftigwerden des Verwaltungsakts, durch den die Unternehmensführung untersagt ist, beziehungsweise mit Rechtskräftigwerden des verwaltungsgerichtlichen Urteils, welches den Verwaltungsakt bestätigt.

Bereich 3 :

Für die Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung haben die zuständigen Gesamthänder die anstehenden Entscheidungen über das Gesamthandsvermögen zu treffen; es kann ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Rechte und Pflichten des Gesamthänder bleiben nur insoweit bestehen, wie dies zur Verwaltung des Gesamthandsvermögens erforderlich ist.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geschieht nach Gesellschaftsrecht, also mangels abweichender Vereinbarung durch Liquidation.

- b) Der Fall der möglichen Unternehmensfortführung (mindestens einer der Unternehmer-Gesellschafter erfüllt die subjektiven Voraussetzungen und objektive Hindernisse bestehen nicht)

Beitrittsfall : Ein Altunternehmer hat einen neuen Teilhaber in verantwortliche Stellung aufgenommen, dem eine subjektive gewerberechtliche Voraussetzung zur Unternehmensleitung fehlt

Bereich 1 :

Es gilt dasselbe wie im Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung.

Bereich 2 :

Der Altunternehmer kann das Unternehmen durch Übernahmeerklärung wieder in seine Hand nehmen.

Übt er dieses Recht nicht aus, so kann jeder der Gesamthänder die Gesamthand durch Kündigung mit sofortiger Wirkung auflösen.

Bereich 3 :

Eine Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung existiert nicht.

Bereich 4 :

Im Fall der Übernahme des Unternehmens durch den Altunternehmer erhält der neue Mitinhaber ein Abfindungsguthaben. Der neue Teilhaber kann statt dessen den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags verlangen, in welchem er auf eine leitende Stellung verzichtet.

Gründungsfall

Bereich 1 :

Es gilt dasselbe, was oben zum Fall der notwendigen Unternehmensbeendigung gesagt wurde.

Bereich 2 :

Die Abwicklung wird durch eine außerordentliche Kündigung von seiten eines der Gesamthänder ausgelöst. Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung ab Bestandskräftigwerden des Verwaltungsakts, welcher die Unternehmensführung untersagt hat, beziehungsweise ab Rechtskräftigwerden des verwaltungsgerichtlichen Urteils, welches den Verwaltungsakt bestätigt.

Derjenige Gründer, der die subjektiven Voraussetzungen erfüllt, kann die Klage analog §§ 140,142 HGB erheben.

Bereich 3 :

Für die Übergangszeit bis zum Beginn der Abwicklung haben die zuständigen Gesamthänder die anstehenden Entscheidungen über das Gesamthandsvermögen zu treffen; es kann ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Rechte und Pflichten der Gesamthänder bleiben nur insoweit bestehen, wie dies zur Verwaltung des Gesamthandsvermögens erforderlich ist.

Der gemäß §§ 140,142 HGB klagende Gesamthänder kann von dem anderen verlangen, daß dieser für die Übergangszeit auf seine Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag verzichtet, die seine gewerberechtliche Unternehmereigenschaft begründen.

Bereich 4 :

Die Abwicklung geschieht nach Gesellschaftsrecht, also mangels abweichender Vereinbarung durch Liquidation.

Hat der eine Gründer mit seiner Klage nach §§ 140,142 HGB Erfolg, so hat der andere einen Anspruch auf ein Abfindungsguthaben.

A N N A N G: Entscheidungen zum Problem fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse

A. Wiedergabe unveröffentlichter Entscheidungen

Nr. 1 : BGH vom 11.4.1951 - II ZR 9/50
LG Dortmund vom 6.4.1949 - 6 O 332/48

Sachverhalt

Der Kl. und der Bekl., der Mitglied von nationalsozialistischen Organisationen gewesen war, vereinbarten im Juni 1945, gemeinsam die Herstellung und den Vertrieb von Speiseeis in größerem Umfang aufzunehmen. Der Erlös sollte im Verhältnis von 50 : 50 geteilt werden. Der Kaufmann K. überließ ihnen ein ihm gehöriges Grundstück zur Errichtung eines Fabrikgebäudes. Es ist streitig, ob nur der Bekl. oder ob beide Parteien Vertragspartner von K. geworden sind. Auf dem Grundstück wurde ein Kühlhaus errichtet; der Kl. trat allein als Bauherr auf, da der Bekl. bei den Behörden nicht allzu sehr in Erscheinung treten wollte. Auf den Kl. wurde auch die Baugenehmigung erteilt. Ankauf der Baustoffe, Verhandlungen mit Lieferanten und Bauhandwerkern sowie Entlohnungen besorgte der finanzstarke Bekl. Der Kl. beaufsichtigte die Arbeiten und schaffte das Material herbei.

Aus dieser Zeit liegen Schreiben unter dem Namen "Eiskremfabrik A. & B." (das sind die Namen der Parteien) sowie ein Postscheckkonto auf diesen Inhaber vor. Ende 1947 wurde das Fabrikgebäude fertig. Im Winter 1947/48 kam es zwischen den Parteien zu Streitigkeiten, in deren Verlauf der Bekl. die Arbeiter anwies, dem Kl. das Betreten der Fabrikhalle zu verbieten.

Im Februar 1948 gründeten K. und eine weitere Person eine GmbH, die sich neben dem Ankauf von Obst und Gemüse auch mit der Herstellung und dem Vertrieb von Speiseeis befassen sollte. Die GmbH wurde im Februar 1949 ins Handelsregister eingetragen. Bei ihr ist der Bekl. angestellt und leitet Organisation und Verkauf.

Das Fabrikgebäude überließ der Bekl. ohne Zustimmung des Kl. der GmbH im Frühjahr 1948. Die GmbH begann im Juli 1948 in dem Gebäude die Herstellung von Speiseeis.

Der Kl. behauptet, es bestehe zwischen dem Bekl. und ihm eine OHG, mindestens eine "faktische Gesellschaft". Er verlangt mit der Klage unter anderem

den Bekl. zu verurteilen, dem Kl. Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen darüber,

- a) welche vertraglichen Vereinbarungen er mit K. und der GmbH über die Verwendung und Nutzung des Kühlhauses getroffen habe,
- b) welche Vergütungen irgendwelcher Art, insbesondere Zahlungen und Gewinnbeteiligungen, ihm von K. und der GmbH zugesichert oder gewährt worden seien;

festzustellen, daß der Bekl. verpflichtet sei, an den Kl. die Hälfte alles dessen, was er von K. und der GmbH aufgrund der Zurverfügungstellung des Kühlhauses erhalten oder zugesichert erhalten habe, an den Kl. herauszugeben.

Entscheidungen

- I. Das Landgericht Dortmund wies den Feststellungsantrag ab und verurteilte im übrigen nach den wiedergegebenen Anträgen des Kl. mit folgender Begründung :

Die Vereinbarung vom Juni 1945 stelle einen Gesellschaftsvertrag dar. Dieser sei jedoch nichtig, weil das Vermögen des Bekl. der Sperre nach dem Gesetz Nr.52 der Militärregierung unterlegen habe. Die Nichtigkeit stehe dem kl. Anspruch jedoch nicht unbedingt entgegen. Die Gesellschaft sei nämlich in Vollzug gesetzt worden. Bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags müsse nach allgemein anerkannter Rechtsprechung dem Umstand Rechnung getragen werden, daß die Gesellschaft nach außen ins Leben getreten sei und Vermögen gebildet habe (RGZ 165,193; 166,59). Dies habe zur Folge, daß die Vorschriften über die vertragliche Gesellschaft und die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich auch auf die faktische Gesellschaft anzuwenden seien.

Dies gelte jedoch nur soweit, wie dadurch nicht die rechtspolitischen Absichten vereitelt würde, um deretwillen das Gesetz dem Gesellschaftsvertrag die volle Rechtswirksamkeit versagt habe (Schumann DR 1943,1193). Das Gesetz Nr.52 habe den Zweck, das Vermögen gewisser Personen im Interesse der Besatzungsmacht in seinem derzeitigen Bestand zu erhalten (Daudelen NJW 48,479). Durch die mit der Klage begehrte Auskunftserteilung und Rechnungslegung werde aber in den Vermögensbestand des Bekl. in keiner Weise eingegriffen; diese Anträge seien daher trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags unter dem Gesichtspunkt der "faktischen Gesellschaft" berechtigt.

Zum Antrag auf Feststellung führte das Landgericht aus, daß der rechtspolitische Zweck der Nichtigkeitsvorschrift vereitelt würde, wenn der Bekl. verpflichtet werden könnte, die Hälfte des Gewinns usw. herauszugeben. Dies widerspräche dem Zweck des Gesetzes Nr.52, das Vermögen zu erhalten. Die Vereinbarung über die Gewinnverteilung könne daher auf das Verhältnis der Parteien zueinander keine Anwendung finden.

- II. Das Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 3.3.1950 - 5 U 218/49) hielt den Gesellschaftsvertrag vom Juni 1945 deshalb für rechtswirksam, weil sich die Parteien in ihm nur verpflichtet hätten, ihre Arbeitskraft zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Verfügung zu stellen und hierin ein Verstoß gegen das Gesetz Nr.52 nicht zu erblicken sei.

- III. Der Bundesgerichtshof wies die Klage in vollem Umfang ab mit folgender Begründung :

1. Das Vermögen des Bekl. habe im Juni 1945 der Beschlagnahme nach der Allgemeinen Vorschrift Nr.1 Abs.2 Ziffer 27 zum Gesetz Nr.52 der Militärregierung unterlegen.

2. Aus tatsächlichen Gründen ergebe sich, daß sich die Parteien entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - verpflichtet hätten, für die Verwirklichung ihrer Pläne der Gesellschaft nicht nur ihre Arbeitskraft, sondern auch die erforderlichen Baumaterialien und Produktionsmittel zur Verfügung zu stellen.

3. Somit sei der Bekl. verpflichtet, Verfügungen über sein gesperrtes Vermögen zu treffen. Die Durchführung des Vertrags habe nach Artikel II Ziffer 4 des Gesetzes Nr.52 der Genehmigung der Militärregierung bedurft. Das Fehlen der Genehmigung allein berühre zwar noch nicht die Wirksamkeit des Vertrags; es führe aber beim Vorliegen der besonderen Voraussetzungen des Artikels V des Gesetzes Nr.52 zur unheilbaren Nichtigkeit des Vertrags, also dann, wenn der Gesellschaftsvertrag zur Vereitelung oder Umgehung des Gesetzes Nr.52 geschlossen worden sei (OGHZ 3,82), wie es hier der Fall sei.

4. Der Kl. könne die Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht mit dem Einwand der Arglist ausschließen.

Wenn man anders entscheiden würde, dann würde die zwingende Regelung hinfällig werden.

5. "Der nach dem Gesetz Nr.52 unheilbar nichtige Gesellschaftsvertrag kann unter den Parteien auch keine Wirkungen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der faktischen Gesellschaft zeitigen. Wenn auch das RG in RGZ 165,193 einer OHG trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages im Verhältnis unter den Gesellschaftern als faktische Gesellschaft Rechtswirksamkeit beilegt, sofern die Gesellschaft in Vollzug gesetzt ist, so können diese Rechtsgrundsätze jedenfalls dann nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages auf dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot beruht und der Zweck der Verbotsnorm in der Verhinderung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses und der gemeinsamen Tätigkeit der Gesellschafter besteht. Es würde sonst in diesem Fall durch die Anerkennung der faktischen Gesellschaft dem Zweck der Verbotsnorm zuwidergehandelt werden und den gesetzwidrig handelnden Gesellschaftern die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Betätigung gewährt werden, die das Gesetz gerade verhindern will (Weipert HGB § 105 Anm.75; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947, S.63/64; Hueck, Das Recht der offHG, S.48 u.a.). Auch die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach dem Gesetz Nr.52 führt zur vollen Nichtigkeit der Gesellschaft, die unter den Beteiligten keine gesellschaftsrechtlichen Beziehungen entstehen läßt. Die Anerkennung der faktischen Gesellschaft würde im Rahmen des Gesetzes Nr. 52 zu Folgerungen führen, die dieses Gesetz ausschließen will, so daß eine Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft in diesem Fall nicht möglich ist."

Nr. 2 : BGH vom 11.11.1953 - II ZR 199/52

Sachverhalt

Anfang 1950 schlossen der Bekl. zu 1), der Bekl. zu 2) und G. einen Gesellschaftsvertrag über den Betrieb einer Druckerei. Der Bekl. zu 2) verpflichtete sich darin zur Zahlung von 11.500 DM, die beiden anderen Gesellschafter zur vollen Arbeitsleistung. Die Gesellschaft nahm den Geschäftsbetrieb auf; der Bekl. zu 2) zahlte seine Einlage. Im Herbst 1950 wollte der Bekl. zu 2) wieder aus der Gesellschaft ausscheiden. Zu diesem Zweck suchte die Gesellschaft einen neuen Teilhaber durch Aufgabe einer Annonce. Dadurch kam der Kl. in Kontakt zu der Gesellschaft. Bei den folgenden Verhandlungen wurde ihm eröffnet, daß er gegen Zahlung von 11.500 DM an die Stelle des Bekl. zu 2) treten könne. Am 4.11.1950 kam es zu einem schriftlichen Vertrag zwischen dem Bekl. zu 1), dem Bekl. zu 2) und dem Kl., wonach

1. der Kl. mit allen Rechten und Pflichten des Bekl. zu 2) an dessen Stelle treten sollte und
 2. dafür an den Bekl. zu 2) 11.500 DM zahlen sollte.
- G. wirkte bei diesem Vertragsschluß nicht mit.

Ende November 1950 schied durch einen Vertrag zwischen dem Bekl. zu 1), dem Bekl. zu 2) und G. letzterer aus der Gesellschaft aus. Zu dieser Zeit hatte der Kl. dem Bekl. zu 2) bereits die 11.500 DM bezahlt.

Der Kl. nahm seine Tätigkeit in dem Unternehmen erst am 2.1.1951 auf. Nach wenigen Tagen stellte er fest, daß das Unternehmen überschuldet war und kochte am 8.1.1951 den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung an.

Mit der Klage begehrt der Kl. Verurteilung der Bekl. zu 1) und zu 2) als Gesamtschuldner zur Zahlung von 11.500 DM. Er beruft sich dabei auf §§ 812,826 BGB.

Entscheidung

Der BGH verurteilte, wie die beiden Vorinstanzen, nach dem Klageantrag mit folgender Begründung :

1. Richtig seien die Ausführungen des OLG, daß der Vertrag vom 4. 11. 1950 mangels Zustimmung durch G. nicht sofort wirksam geworden sei. Nachdem G. aber Ende November 1950 rechtmäßig ausgeschieden sei, sei das Hindernis fortgefallen. Da nachher die Vertragsparteien am Vertrag festgehalten hätten, sei dieser stillschweigend wirksam geworden, und zwar mit schuldrechtlicher Wirkung rückwirkend zum 4. 11. 1950.

2. Weiter komme das OLG zu dem Ergebnis, daß der Bekl. zu 2) den Kl. beim Abschluß des Vertrags vom 4. 11. 1950 arglistig getäuscht habe. Daraus ergebe sich das Recht des Kl. auf Anfechtung des Gesellschaftsvertrags. Er könne also 11.500 DM aus ungerechtfertigter Bereicherung und ferner unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB zurückverlangen.

"Bei der Beurteilung dieser Ausführungen kann es offenbleiben, ob der Kläger auf Grund des festgestellten Sachverhalts wirklich ein Recht zur Anfechtung des Vertrages vom 4. 11. 1950 gehabt hat. Gegen diese Auffassung bestehen insoweit erhebliche Bedenken, als der Vertrag vom 4. 11. 1950 den Eintritt des Klägers in die Gesellschaft zum Inhalt gehabt hat. Da der Kläger in Ausführung dieses Vertrags nach außen als Gesellschafter in die Erscheinung getreten ist, liegt in dieser Hinsicht eine Anwendung der Grundsätze über die faktische Gesellschaft nahe (vgl. OGHZ 4, 241). Ob aber der Vertrag vom 4. 11. 1950 in der Weise in zwei Teile zerlegt werden kann, daß der in ihm etwa enthaltene Kauf des Gesellschaftsanteils einer besonderen Anfechtung zugänglich ist, muß immerhin als zweifelhaft erscheinen." Diesem Bedenken brauche hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, da eine arglistige Täuschung vorliege und sonach jedenfalls der Anspruch aus § 826 BGB zum Erfolg der Klage führe.

Nr. 3 : OLG München vom 30.8.1954 - 6 U 565/53
(Vorinstanz zu BGH WM 1955, 1054)

Sachverhalt in WM 1955, 1054. Als Ergänzung ist anzufügen, daß die Vertragsparteien beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags gegen eine Steuer-Strafvorschrift verstoßen hatten.

Entscheidung

Zu der Frage der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags wegen Verstoßes gegen die Steuer-Strafvorschrift und wegen Wuchers führt das Gericht aus :

Aus dem Verstoß gegen die Strafvorschrift folge nicht die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags. "Ein Verstoß gegen ein Strafgesetz zieht nämlich insbesondere dann nicht die Nichtigkeit nach sich, wenn die Strafvorschrift offensichtlich nicht Veränderungen im Privatrechtskreis der Beteiligten treffen, sondern die öffentliche Ordnung schützen soll (Soergel⁸, 6 b zu § 134). Letzteres trifft unzweifelhaft auf Steuerstrafvorschriften zu. Nichtigkeit vertraglicher Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen Steuervorschriften tritt übrigens nach der Rechtsprechung (vgl. RG JW 21, 624; JW 35, 420; JW 42, 40) nur dann ein, wenn ein Vertrag zum Zwecke der Steuerhinterziehung geschlossen wird, nicht aber, wenn bei Gelegenheit des Vertragsschlusses steuerliche Vorschriften verletzt werden (RGZ 107, 364)."

Der Senat hielt die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Wuchers für gegeben. "Die Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrags - nicht nur der den Tatbestand des Wuchers erfüllenden Vertrags-
teile in § 5 - ergibt sich daraus, daß der Kläger nach seinem Vortrag

und seinem Verhalten während des Rechtsstreites den gesamten Vertrag ohne diese als Sicherungen gedachten Rechte nicht abgeschlossen hätte (§ 139 BGB)."

Die Frage einer Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft erörtert der Senat nicht.

Zu den Entscheidungsgründen des BGH vgl. WM 1955, 1054. Es ist zu ergänzen, daß der Senat eine Empfehlung zur Formulierung des 2. Hilfsantrags gab, der dahin zielte, die Nichtigkeit bestimmter Vertragsbestimmungen feststellen zu lassen. Der Bundesgerichtshof gab zu bedenken, den Antrag abzuändern, da ansonsten der Gesellschaftsvertrag mit Erfolg der Klage lückenhaft sein würde und also eine ergänzende richterliche Vertragsauslegung notwendig werden würde (BGHZ 9, 273). Es würde nach Ansicht des Gerichts sinnvoller sein, wenn der Bekl. (und Widerkl.) statt dessen eine Feststellung darüber begehren würde, in welcher Weise der Gesellschaftsvertrag in den fraglichen Punkten ausulegen sei.

Nr. 4 : OLG Frankfurt/M. (Zivilsenate in Kassel) vom 17.3.1959 -
1 U 41/58
LG Fulda vom 30.1.1958 - 2 O 202/57

Sachverhalt

Im Jahre 1933 hatten der Bekl. und der Vater des Kl. eine OHG gegründet, an welcher beide je zur Hälfte beteiligt waren. Der Vater des Kl. ist 1944 gefallen und von seiner Ehefrau S.L. und seinen beiden Söhnen, nämlich dem 1938 geborenen Kl. und dessen 1944 geborenen Bruder K.L., gesetzlich beerbt worden. In dem Gesellschaftsvertrag war unter anderem bestimmt, daß im Fall des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst werde.

Das Handelsgeschäft ist nach dem Krieg von dem Bekl. und den Erben des Kl. fortgeführt worden. Erst im Jahre 1950 begannen Bestrebungen des Bekl., das Geschäft allein zu übernehmen. Die zu diesem Zweck geführten Verhandlungen zwischen der Witwe S.L. und ihm führten im August 1952 zu einer Vereinbarung zwischen dem Bekl., Frau L., dem Kl. und dessen Bruder K.L., bei welcher die minderjährigen Brüder durch einen gerichtlich bestellten Pfleger vertreten waren. In diesem Vertrag heißt es eingangs, daß die OHG aus dem Bekl. und den Erben bis zum 31.12.1951 fortgesetzt worden sei und nunmehr unter Ausscheiden von S.L. zwischen dem Bekl. als Komplementär und den Brüdern als Kommanditisten fortgesetzt werden solle. In dem Vertrag ist unter anderem vereinbart, in welcher Weise die Ausscheidende abgefunden werden sollte, welche Kapitalanteile die beiden Kommanditisten erhalten sollten und daß die Gesellschaft bis Ende 1959 dauere und sich jeweils um ein Jahr verlängere, wenn sie nicht sechs Monate vor Ablauf von einem der Gesellschafter gekündigt werde. Bei Kündigung durch beide Kommanditisten oder gegenüber beiden Kommanditisten stehe dem Bekl. das Recht zu, das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter Beibehaltung der Firma zu übernehmen und fortzuführen. Die Auseinandersetzungsansprüche der Kommanditisten seien in diesem Fall auf den buchmäßigen Stand der Kapitalkonten beschränkt.

Das Vormundschaftsgericht hat diesen Vertrag genehmigt. Die Änderung ist im Handelsregister eingetragen worden. Das Auseinandersetzungsgut haben ist der S.L. voll ausgezahlt worden. 1957 hat der Bekl. die Gesellschaft gekündigt.

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, auf welcher Basis die Auseinandersetzung stattzufinden habe. Der Bekl. steht auf dem Standpunkt, daß dies auf der Grundlage des Vertrags von 1952 geschehen

müsse. Der Kl. ist hingegen der Meinung, daß dieser Vertrag wegen Verstoßes gegen § 181 BGB unwirksam sei und somit die durch den Tod seines Vaters im Liquidationsstadium befindliche OHG zwischen dem Bekl. und den Erben des Vaters noch immer bestehe. Die Auseinandersetzung habe also auf der Grundlage des Vertrags von 1933 stattzufinden.

Der Kl. beantragt festzustellen, daß der Vertrag vom August 1952 unwirksam sei.

Entscheidungen

- I. Das Landgericht Fulda hat der Klage stattgegeben. Es hält den Vertrag von 1952 wegen Verstoßes gegen § 181 BGB für unwirksam. Den Gesetzesverstoß sieht es darin, daß zwei Minderjährige durch nur einen Pfleger vertreten worden sind. Auf die Frage, ob der Vertrag Rechtsfolgen unter dem Gesichtspunkt der Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaftsverhältnisse äußere, geht die Kammer nicht ein.
- II. Das Oberlandesgericht Frankfurt/M. hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen.

Zwar verstoße der Gesellschaftsvertrag vom August 1952 gegen § 181 BGB, wie es das LG angenommen habe. Die beiden Brüder seien nämlich nur durch einen Pfleger vertreten worden. Die Doppelvertretung sei auch nicht besonders gestattet gewesen, und das Rechtsgeschäft habe nicht ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit gedient. "Aus der Unwirksamkeit der Vereinbarung ... folgt aber nicht, daß die frühere OHG im Liquidationszustand fortbesteht.

Nach der vom BGH (BGHZ 3,285, BGHZ 8,157, BGHZ 13,320) übernommenen Rechtsprechung des RG (z.B. RGZ 165,193) und nach einhelliger Auffassung im Schrifttum sind die Folgen der Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit eines Gesellschaftsvertrags sowohl für das Außenverhältnis wie für das Verhältnis der Gesellschafter zueinander grundsätzlich nach der für die sog. faktische Gesellschaft entwickelten Lehre zu beurteilen. Das bedeutet, daß der Bestand der nach außen in Erscheinung getretenen Gesellschaft trotz Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags regelmäßig nicht rückwirkend in Frage gestellt werden kann. Die Gesellschaft ist vielmehr bis zu ihrer Auflösung durch Urteil nach § 133 HGB oder bis zu ihrer Beendigung nach den Vorschriften des (unwirksamen) Gesellschaftsvertrags trotz des Mangels als bestehend zu behandeln. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Einschränkungen sind insbesondere dort geboten, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde (BGHZ 3, 288) ... Diese für Mängel des Gesellschaftsvertrags entwickelten Grundsätze müssen auch dann Anwendung finden, wenn sich der Mangel nicht auf den Vertrag über die Gründung der Gesellschaft, sondern auf Vereinbarungen über spätere Abänderungen des Gesellschaftsvertrags bezieht. Dabei kann hier unerörtert bleiben, ob das ganz allgemein gilt (so Weipert a.a.O., 76 zu § 105) oder nur dann, wenn die nachträgliche Abmachung den "Status" der Gesellschaft, z.B. das Ausscheiden eines Gesellschafters (BGH Betrieb 56,65) betrifft, also durch Ausführung der Abänderungsvereinbarung grundlegend neue tatsächliche Verhältnisse geschaffen worden sind, die sich nach dem Grundgedanken der Lehre von der faktischen Gesellschaft nicht mit rückwirkender Kraft wieder beseitigen lassen und auch rechtlich nicht von Anfang an als nicht existent betrachtet werden können ... Denn in dem hier zur Beurteilung stehenden Fall betreffen die abgesprochenen Änderungen (Ausscheiden der Mutter des Klägers, Zurückverwandlung der Liquidationsgesellschaft in eine verbundene Gesellschaft, Umwandlung der OHG in eine Kommanditgesellschaft) den Gesellschaftsstatus in ganz grundlegender Weise.

Es erhebt sich jedoch die schon oben erwähnte Frage, ob hier die Anerkennung der durchgeführten Änderung des Gesellschaftsstatus mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen im Widerspruch steht und deshalb jenem Zustand die Anerkennung versagt werden muß. Diesen Fall erachtet der Bundesgerichtshof mit dem Schrifttum dann für gegeben, wenn ein Minderjähriger beteiligt ist und die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erteilt ist (BGHZ 17,160). Hier hat indessen das Vormundschaftsgericht den Vertrag genehmigt... Hiernach fragt sich weiter, ob ein Verstoß gegen § 181 BGB, wenn die Doppelvertretung Minderjährige betrifft, dazu führen muß, dem faktischen Gesellschaftsstatus die Anerkennung zu versagen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Verstoß gegen § 181 BGB, wenn Minderjährige nicht beteiligt sind, der Annahme einer faktischen Gesellschaft nicht im Wege steht. Dem § 181 BGB liegt der Rechtsgedanke zu Grunde, daß in allen Fällen des Selbstkontrahierens mit der Gefahr widerstreitender Interessen zu rechnen sei und damit die Rechtssicherheit gefährdet werden könnte. Dem sollte die Vorschrift des § 181 BGB vorbeugen. Sie gilt gleichmäßig in allen Fällen der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Stellvertretung und hat nicht vornehmlich und nicht besonders den Schutz des Minderjährigen im Auge. Den besonderen Schutz des Minderjährigen gegen einen Interessenwiderstreit verfolgt die Vorschrift des § 1795 Abs.1 BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 1629 Abs.2 oder § 1915 BGB). Bei einem Verstoß gegen § 181 BGB kann also nach der Auffassung des Senats dem faktischen Gesellschaftsverhältnis auch dann die Anerkennung nicht versagt werden, wenn sich die Doppelvertretung auf Minderjährige bezieht...

Nach alledem liegt zwischen dem Beklagten als persönlich haftendem Gesellschafter und dem Kläger sowie seinem Bruder als Kommanditisten eine faktische Kommanditgesellschaft vor. Die frühere OHG besteht nicht fort..."

Der Senat befaßte sich eingangs mit der Frage, ob der Feststellungsantrag überhaupt zulässig ist. Bei streng wortgetreuer Auslegung des Kl. Antrags könne ein Feststellungsinteresse nicht bejaht werden, da die Feststellung einen praktischen Wert nicht habe und unter dem Gesichtspunkt einer gesunden Prozeßökonomie nicht geeignet sei, den bestehenden Streit zu einer sinnvollen und sachgerechten Erledigung zu führen. Würde nämlich die Nichtigkeit des Vertrags vom August 1952 festgestellt, so wäre damit nichts für die Frage gewonnen, ob die frühere OHG i.L. fortbestehe oder ob eine faktische Kommanditgesellschaft vorliege. Die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags würde also über die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Parteien, um die der Streit in Wirklichkeit gehe, und über die weitere Frage, auf welcher Grundlage die vom Bekl. beabsichtigte Lösung dieser Beziehungen durchzuführen sei, keine Klärung bringen.

Der Senat konnte die Zulässigkeit gleichwohl bejahen, weil er nach Befragen das Klagebegehren wie folgt auslegen konnte :

Der Kl. beantragt festzustellen,

in erster Linie,

die ursprüngliche OHG zwischen dem Bekl., dem Kl., der Mutter und dem Bruder des Kl. bestehe im Liquidationszustand fort und sei auf dieser Grundlage zu liquidieren,

in zweiter Linie,

die ursprüngliche OHG bestehe im Liquidationszustand zwischen dem Bekl., dem Kl. und dem Bruder des Kl. fort und sei auf dieser Grundlage zu liquidieren.

Nr. 5 : LG Düsseldorf vom 15.1.1960 - 8 O 202/59
OLG Düsseldorf vom 24.3.1961 - 5 U 54/60
(Vorinstanzen zu BGHZ 38,26)

Sachverhalt in NJW 1962,2344.

Entscheidungen

I. Das Landgericht Düsseldorf hat der Klage stattgegeben mit folgender Begründung.

Der Gesellschaftsvertrag vom März 1956 habe trotz Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung Wirkungen geäußert, da die Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden sei. "Wenn eine Gesellschaft auf diese Weise nach außen und innen in Vollzug gesetzt ist, dann können Mängel des Gesellschaftsvertrages, die seine spätere Unwirksamkeit, z.B. wegen Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, zur Folge haben, nicht mehr mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß die Gesellschaft als von Anfang an nicht bestehend zu behandeln ist. Das hat zur Folge, daß das tatsächlich geschaffene Gesellschaftsverhältnis als sogenannte 'faktische Gesellschaft' auch rechtlich als wirksam anzuerkennen ist (BGHZ 8,166 ff.; Weipert in RGRK zum HGB § 105, Anm.73).

Die rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft richten sich damit, obwohl ein wirksamer Gesellschaftsvertrag nicht vorliegt, mindestens für die Dauer des Schwebezustandes nach dem Gesellschaftsvertrag und den für die Kommanditgesellschaft geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Die faktische Gesellschaft wird damit für die zurückliegende Zeit einer rechtlich wirksamen Gesellschaft gleichgestellt. Dabei ist es - jedenfalls für die Verpflichtung der persönlich haftenden Gesellschafter - unbeachtlich, daß die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Gesellschaftsverhältnisses wegen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Schutze der Minderjährigen eine Einschränkung erfährt und eine faktische Gesellschaft unter Einschuß der Minderjährigen wegen des weitgehenden Minderjährigenschutzes nicht anerkannt wird (BGHZ 17,168)."

Somit sei die Mutter im Innenverhältnis in ihrer Vertretungsmacht dahingehend beschränkt gewesen, daß sie nur mit Zustimmung des anderen Komplementärs und Geschäftsführers die Grundschild hätte bestellen können. Die Bestellung sei also unwirksam.

II. Das Oberlandesgericht Düsseldorf ging ebenfalls davon aus, daß der Vertrag vom März 1956 durch Invollzugsetzung des Gesellschaftsverhältnisses eine faktische Gesellschaft begründet habe, die "- unbeschadet des Minderjährigenschutzes - als rechtlich wirksam anzuerkennen" sei. Das Gericht fährt sodann fort : Die Bekl. zu 1), die bei Abschluß des Vertrags vom März 1956 volljährig gewesen sei, ebenso wie ihre Mutter, Mitglied dieser faktischen Gesellschaft. Die Bekl. zu 2) sei bei Vertragsschluß noch minderjährig gewesen, habe jedoch den Vertrag nach Eintritt ihrer Volljährigkeit gemäß § 1829 Abs.3 BGB genehmigt. Sie müsse daher auch als Mitglied der faktischen Gesellschaft angesehen werden. Nicht einbezogen in die faktische Gesellschaft sei jedoch die jüngste Tochter, die noch jetzt minderjährig sei; sie sei an den Vertrag vom März 1956 nicht gebunden, und ihre Rechte könnten durch die von diesem Vertrag abhängigen Gestaltungen der Rechtsverhältnisse durch die übrigen Beteiligten nicht beeinflußt werden. Das Gericht kommt daher im wesentlichen zu demselben Ergebnis wie das Landgericht.

Nr. 6 : LG Hannover vom 23.11.1960 - 17 O 73/59
(Eingangsgesicht zu BGHZ 47,293)

Sachverhalt in BGHZ 47,293.

Entscheidung

Das Landgericht sah es als erwiesen an, daß der Vater bereits vor dem 23.10.1957 gemäß § 104 Ziffer 2 BGB geschäftsunfähig war und also der Gesellschaftsvertrag gemäß § 105 BGB nichtig gewesen sei. Daraus folge die Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrags.

"Zwar ist die durch diesen Gesellschaftsvertrag begründete OHG seit längerer Zeit im Geschäftsverkehr tätig gewesen. Das rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, daß unter den Beteiligten trotz der Unwirksamkeit des Gesellschaftsvertrages auch unter Einbeziehung des Vaters eine faktische Gesellschaft entstanden sei. Denn das würde zur Folge haben, daß die Gesellschaft für die zurückliegende Zeit im wesentlichen einer wirksamen Gesellschaft gleichgestellt würde und dadurch rechtsgeschäftliche Verpflichtungen der einzelnen Gesellschafter zueinander begründet würden und daß diese Gesellschaft nur im Wege der Auflösungsklage aufgelöst werden könnte. Es würden also Verpflichtungen entstehen, die auch den bei der Gründung geschäftsunfähigen Gesellschafter binden würden. Das würde aber dem gesetzlich normierten Schutz des Geschäftsunfähigen entgegenstehen. Der Grundsatz der rechtlichen Anerkennung des durch die Betätigung der unwirksamen Gesellschaft entstandenen tatsächlichen Zustandes muß deshalb im Interesse des Geschäftsunfähigen, der an der Gründung beteiligt war, eine Ausnahme erfahren." Somit bestehe eine faktische Gesellschaft nicht. Die Ansprüche auf Feststellung der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags und auf Löschung der Bekl. als Mitgesellschafterin der OHG im Handelsregister seien daher begründet.

B. Zusammenstellung der Entscheidungen zu der Problematik fehlerhafter Gesellschaftsverhältnisse

Die nachfolgende Zusammenstellung beinhaltet die einschlägigen Urteile des Reichsgerichts (I), des Bundesgerichtshofs (II) und anderer Gerichte (III).

Die Entscheidungen sind nach dem Datum der Entscheidung letzter Instanz geordnet. Die Zusammenstellung weist die Fundstellen auf, gibt den in Frage stehenden Fehlergrund an und gibt das Eingangsgericht mit dessen Aktenzeichen an, wodurch die Einsicht in die Originalakte erleichtert wird.¹⁾

Die Abkürzungen "GG" beziehungsweise "Mind" bedeuten : Wegfall oder Fehlen der Geschäftsgrundlage beziehungsweise fehlerhafte Beteiligung Minderjähriger

1) Nach einem Schreiben des Landgerichtspräsidenten von Berlin vom 22.3. 1972 an den Verfasser ist die Akte 9 0 342/54 (vgl. KG NJW 1955,1286) vernichtet. Nach einem Schreiben des Landgerichtspräsidenten von Hagen vom 4.2.1972 (Az.: 1451 E Bd. 9.25) an den Verfasser ist die Akte HO 12/59 (vgl. BGH WM 1962,1353) vernichtet.

I. Entscheidungen des Reichsgerichts

Entscheidungsdatum	Fundstellen	RG-Aktenzeichen	Landgericht	LG-Aktenzeichen	Fehlergrund
5. 3. 1935	JW 35, 2617	II 294/34	-	-	§ 123 BGB (Betrug)
13. 11. 1940	RGZ 165, 193 = DR 41, 633	II 44/40	Hamburg ¹⁾	22 0 67/39	§ 119 BGB und § 123 BGB (Betrug)
13. 1. 1941	RGZ 166, 51	II 88/40	Essen ¹⁾	17/65/39	§ 306 BGB
9. 4. 1941	DR 42, 275	II 56/41	Hamburg ¹⁾	24 0 2/39	Irrtüml. Annahme eines Vertragsfehlers
28. 4. 1941	DR 41, 1943	II 102/40	Dresden ¹⁾	11/177/39	§ 123 BGB (Betrug)
15. 2. 1943	DR 43, 806	II 102/42	Chemnitz ¹⁾	1/9 R 25/39	§§ 134, 138 BGB
21. 4. 1943	DR 43, 801	IV 243/42	- ¹⁾	-	unbekannt
2. 8. 1943	DR 43, 1221	II 70/43	Dortmund ¹⁾	2 0 12/42	§ 138 BGB

1) Nach einem Schreiben des Deutschen Zentralarchivs in Potsdam vom 14. 4. 1972 (Az. 51.22/Gr/Si) an den Verfasser befinden sich die "Unterlagen" in den Beständen des Staatlichen Archivfonds der DDR; die Akte IV 243/42 ist nach dieser Mitteilung dort nicht vorhanden.

II. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

Entscheidungsdatum	Fundstellen	BGH-Aktenzeichen	Landgericht	LG-Aktenzeichen	Fehlergrund
11. 4.1951	Unveröffentlicht - vgl. 4. Teil, A, Nr. 1	II 9/50	Dortmund	6 0 332/48	§ 134 BGB
24.10.1951	BGHZ 3, 285 = NJW 52, 97 = BB 52, 10 = DB 51, 1008 = MDR 52, 285 = JZ 52, 305 = JR 52, 108	II 18/51	Braunschweig	7 0 33 / 50	§ 155 BGB
6. 3.1952	LM Nr. 1 zu § 260 BGB	IV 45/50 IV 16/51	Kleve	2 0 64/35	unbekannt
29.11.1952	BGHZ 8, 157 = NJW 53, 818 = BB 53, 43 = DB 53, 39	II 15/52	Wuppertal	2 0 5/50	§ 125 S. 1 BGB
13. 5.1953	BGHZ 10, 44 = NJW 53, 1548 = BB 53, 690 = DB 53, 781 = JR 54, 24	II 157/52	Hamburg	21 0 225/49	GG
27. 5.1953	NJW 53, 1220 = BB 53, 718 = DB 53, 553 = LM Nr. 4 zu § 105 HGB	II 171/52	Hamburg	23 0 224/51	§ 117 BGB
11.11.1953	Unveröffentlicht - vgl. 4. Teil, A, Nr. 2	II 199/52	Karlsruhe	2 0 9/51	§ 123 BGB (Betrug)
28.11.1953	BGHZ 11, 191 = NJW 54, 231 (dort Sachverhalt) = BB 54, 8 = DB 54, 16 = MDR 54, 162 = JZ 54, 240 = JR 54, 137 = LM Nr. 5 zu § 105 HGB	II 188/52	Hamburg	5 0 300/50	kein Vertrag
24. 4.1954	BB 54, 456 = DB 54, 452 = LM Nr. 8 zu § 105 HGB	II 35/53	Berlin	8 0 362/51	§ 134 BGB
12. 5.1954	BGHZ 13, 320 = NJW 54, 1562 = BB 54, 611 = DB 54, 597 = MDR 54, 600	II 167/53	Berlin	64 0 417/51	§ 123 BGB (Betrug)
23. 6.1954	Unveröffentlicht	II 168/53	Bremen	6 0 192/50	§ 123 BGB (Betrug)
30. 4.1955	BGHZ 17, 160 = NJW 55, 1067 = WM 55, 828 = BB 55, 489 = DB 55, 554 = MDR 55, 667 = JZ 55, 423	II 202/53	Kaiserslautern	2 0 155/51	Mind.

Entscheidungsdatum	Fundstellen	BGH-Aktenzeichen	Landgericht	LG-Aktenzeichen	Fehlergrund
9. 5.1955	WM 55,1054 = DB 55,750	II 244/54	München II	HK0 116/51	§ 138 BGB
21.5. 1955	BGHZ 17,299 = NJW 55,1227 = WM 55,1119 = 55,645 = MDR 55,537	IV 7/55	Rottweil	0 164/53	kein Vertrag
21.10.1955	WM 55,1702 = DB 56,65	V 217/54	Essen	17 H0 73/53	§ 123 BGB (Betrug)
28. 1.1957	WM 57,426 = NJW 57,672 = BB 57,346 = DB 57,306=JZ 57,382	III 155/55	Hamburg	8 0 80/54	Mind.
6. 2.1958	BGHZ 26,330 = NJW 58,668 = WM 58,355 = DB 58,276 = MDR 58,216	II 210/56	Bonn	12 0 198/53	§ 123 BGB (Betrug)
22. 5.1958	WM 58,1105 = BB 58,891	II 36/57	Hannover	16 0 141/53	Kein Vertrag
11.12.1958	WM 59,348 = BB 59,318 = DB 59,431	II 148/57	Fulda	2 0 122/55	§ 119 BGB
11. 5.1959	LM Nr. 3 zu § 516 BGB = NJW 59,1433 = WM 59,719 = DB 59,649 = MDR 59,638	II 2/58	Bremen	5 0 736/54	§ 154 BGB
23.11.1959	NJW 60,430 = WM 60,49 = BB 60,15 = DB 60,57 = MDR 60,203 = JR 60,183 = LM Nr.13 a zu § 105 HGB	II 187/58	Karlsruhe/Pforzheim	0 44/56	§ 154 BGB
24. 3.1960	WM 60,805 = BB 60,754 = DB 60,873	II 175/59	Frankfurt/M.	3/1 0 260/56	§ 117 BGB
16.12.1960	BGHZ 34,80 = NJW 61,504 = WM 61,171 = BB 61,147 = DB 61,200 = MDR 61,297 = JZ 61,577 = JR 61,140	II 162/59	Bamberg	HK0 5/58	§ 138 BGB
12. 1.1961	WM 61,426 = BB 61,617	II 282/59	Heilbronn	4 0 42/58	§ 123 BGB (Betrug) und § 306 BGB
26. 1.1961	NJW 61,724 = WM 61,301 = BB 61,304 = DB 61,333 = MDR 61,389	II 240/59	Stuttgart	12 0 104/56	Mind.

Entscheidungsdatum	Fundstellen	BGH-Aktenzeichen	Landgericht	LG-Aktenzeichen	Fehlergrund
16. 3.1961	BGHZ 34, 367 = NJW 61, 1299 = WM 61, 603 = BB 61, 693 = DB 61, 704 = MDR 61, 573 = JZ 61, 496	II 190/59	Frankfurt/M.	2/13 2/10 0 298/57	§ 119 BGB
29. 5.1961	WM 61, 1024 = DB 61, 1256	II 19/60	Nürnberg	4 0 168/57	kein Vertrag
29. 1.1962	WM 62, 462 = BB 62, 465 = DB 62, 537	II 172/60	Hannover	5 0 106/56	§ 138 BGB
12. 7.1962	BGHZ 37, 381 = NJW 62, 1811 = WM 62, 903 = BB 62, 898 = DB 62, 1076 = MDR 62, 883 = JR 63, 97	II 13/61	Wuppertal	8 0 216/57	§ 138 BGB
20. 9.1962	BGHZ 38, 26 = NJW 62, 2344 (dort Sachverhalt) = WM 62, 1260 = BB 62, 1259 = MDR 63, 28 = JZ 63, 598 = JR 63, 180	II 209/61	Düsseldorf	8 0 202/59	Mind.
18.10.1962	WM 62, 1353	II 12/61	Hagen	8 H0 12/59	kein Vertrag
10. 6.1963	WM 63, 989 = BB 63, 1076 = DB 63, 1316	II 88/61	Hannover	16 0 65/59	Mind.
5. 3.1964	LM Nr. 19 zu § 105 HGB = WM 64, 629 = BB 64, 619 = DB 64, 727 = MDR 64, 577	II 208/61	Bad Kreuznach	3 0 289/58	GG
1. 4.1965	WM 65, 793	II 182/62	Bremen	8 0 654/61	§ 138 BGB
15. 4.1965	WM 65, 795 = BB 65, 1004	II 73/62	Dortmund	4 0 95/60	kein Vertrag
8.11.1965	BGHZ 44, 235 = NJW 66, 107 = BB 65, 1423 = WM 65, 1244 = DB 65, 1903 = MDR 66, 219 = JZ 66, 145 = JR 66, 66	II 267/64	Mönchengladbach	7 0 2/62	§ 123 BGB (Betrug)
17. 1.1966	LM Nr. 22 zu § 105 HGB = NJW 66, 826 = WM 66, 159 = BB 66, 304 = DB 66, 296 = MDR 66, 401 = JZ 66, 243 = JR 66, 183	II 8/64	Düsseldorf	18 0 600/62	§ 125 S.2 BGB
21. 4.1966	WM 66, 736 = DB 66, 1182	II 74/64	Hannover	16 0 10/62	1. Vertrag: § 117 BGB; 2. Vertrag: § 134 BGB

Entscheidungsdatum	Fundstellen	BGH-Aktenzeichen	Landgericht	LG-Aktenzeichen	Fehlergrund
29. 6.1966	NJW 67,36 = WM 66,1143 = BB 66,1251 = MDR 67,197	II 56/65	Münster	7 0 232/59	§ 138 BGB
19.12.1966	WM 67,229 = BB 67,1065	II 5/65	Traunstein	1 0 137/61	§§ 134, 138 BGB
30. 3.1967	BGHZ 47,293 = NJW 67,1961 = WM 67,526 = BB 67,559 = DB 67,942 = MDR 67,653 = JZ 67,703 = JR 67,420	II 102/65	Hannover	17 0 73/59	§ 123 BGB (Betrug und Drohung)
5. 2.1968	BGHZ 49,364 = NJW 68,1378 = WM 68,646 = BB 68,559,607 = DB 68,931 = MDR 68,563 = JZ 68,380	II 85/67	Schweinfurt	HK0 5/65	§ 125 S.2 BGB
13. 3.1968	WM 68,532 = BB 68,480 = DB 68,885 = MDR 68,565 = JR 68,300 = LM Nr.24 zu § 138 (BB) BGB	II 26/66	Düsseldorf	7 0 73/64	§ 138 BGB
14. 4.1969	WM 69,791 = NJW 69,1483 = BB 69,735 = DB 69,1057 = NDR 69,642 = LM Nr.11 zu § 138 HGB	II 142/67	Osnabrück	6 HO 147/63	§ 123 BGB (Betrug)
22. 9.1969	BGHZ 52,316 = NJW 70,33 = BB 69,1327 = DB 69,2028 = MDR 70,122 = JZ 70,290	II 144/68	Stuttgart	7 0 278/66	Mind.
9. 2.1970	WM 70,850 = NJW 70,1540 = BB 70,897 = MDR 70,744	II 76/68	Duisburg	3 0 36/66	§ 138 BGB
29. 6.1970	BGHZ 55,5 = NJW 71,375 = WM 71,127 = BB 71,101 = MDR 71,279 = JR 71,244	II 158/69	Düsseldorf	6 0 82/65	§ 123 BGB (Betrug)
21.12.1970	BGHZ 55,267 = NJW 71,1268 = WM 71,556 = BB 71,542 = DB 71,861 = JR 71,419	II 58/67	Duisburg	3 0 138/61	Mind.
14. 7.1971	WM 71,1338 = DB 71,2209	III 91/70	Düsseldorf	3 0 366/62	§ 138 BGB

Entscheidungsdatum	Fundstellen	BGH-Akten- zeichen	Landgericht	LG-Akten- zeichen	Fehlergrund
22.11.1971	NJW 72,1466 = WM 72,851 (dort Sachverhalt) = BB 72,895 = DB 72,1477 = MDR 72,848	II 166/69	Frankfurt/M.	2/3 0 269/67	§ 123 BGB (Betrug)
7. 2.1972	BGHZ 58,115 = NJW 72,623 = WM 72,311 = BB 72, 331 = DB 72,475 = MDR 72,598 = JR 72,287	II 169/69	Kiel	6 0 101/68	§ 125 S.2 BGB
25. 9.1972	WM 72,1368 = BB 72,1474	II 5/71	Kiel	10 0 24/69	Mind.
23.10.1972	NJW 73,651 = WM 73,326 = BB 73,442 = DB 73, 611 = MDR 73,384	II 31/70	Hildesheim	10 0 44/68	§ 138 BGB
9.11.1972	NJW 73,92 = WM 73,11 = BB 73,61 = DB 73,60 MDR 73,207	II 30/70	Stuttgart	2 HKO 55/68	GG
14.12.1972	NJW 73,1604 = WM 73,863 = BB 73, 1090 = DB 73,1642 = MDR 73,836	II 82/70	Bonn	42 0 84/69	§ 123 BGB (Betrug)
12. 2.1973	WM 73,900 = DB 73,1739	II 69/70	Bonn	11 0 139/68	§ 138 BGB
7. 5.1973	NJW 73,1606 = WM 73,842 = BB 73,957 = DB 73, 1445 = MDR 73,837 = JR 74,24	II 140/71	Stuttgart	HKO 126/69	§ 138 BGB
10.12.1973	NJW 74,498 = WM 74, 192 = BGHZ 62,20 = BB 74, 249 = DB 74,523 = MDR 74,560 = JZ 74, 265 = JR 74,333	II 53/72	Gießen	4 0 120/69	GG
24. 1.1974	WM 74,318	II 158/72	Krefeld	7 0 17/72	§ 123 BGB (Betrug)

III. Entscheidungen anderer Gerichte

Entscheidungsdatum	Gericht letzter Instanz	Fundstelle	Aktenzeichen letzter Instanz	Eingangsgericht	Aktenzeichen Eingangsgericht	Fehlergrund
4.12.1942	OLG Danzig	ZAKDR 43, 237	4 III U 4/42	-	-	kein Vertrag u. § 134 BGB
7.11.1946	OLG Freiburg, Zivilsenate Karlsruhe	BB 58, 645	U 25/46	LG Offenburg	1 O 27/43	kein Vertrag
23. 7.1949	OLG Braunschweig	Unveröff.	2 W 132/49	AG Wolfenbüttel	HRA IV, 44	§ 155 BGB
7. 9.1950	OLG Stuttgart	NJW 51, 29	3 U 149/50	LG Stuttgart	2 O 89/47	§ 123 BGB (Betrag u. Drohung)
22. 9.1950	OGH Britz	OGHZ 4, 241	I 114/49	LG Duisburg	11 O 30/42	§ 119 BGB
13.10.1950	LG Berlin	NJW 51, 281	20 S 430/50	AG Schöneberg	3 C 521/50 Z	§ 123 BGB (Betrag)
28. 4.1955	KG	NJW 55, 1286	2 W 1065/55	LG Berlin	9 O 342/54	unbekannt
21.10.1955	KG	NJW 56, 713	2 U 1399/55	LG Berlin	16 O 103/54	§ 134 BGB
25. 8.1958	KG	NJW 58, 1827	1 W 667/58	AG Charlottenburg	91 HRA 182/56	§ 134 BGB
17. 3.1959	OLG Frankfurt/M. Zivilsenate Kassel	Unveröff.-vgl. 4. Teil, A, Nr. 4	1 U 41/58	LG Fulda	2 O 202/57	Mind.
30. 4.1959	OLG Schleswig	SchlHA 59, 214	7 W 51/59	AG Flensburg	5 N 29/58	kein Vertrag
18. 3.1970	OLG Köln	BB 70, 1460	2 U 111/69	LG Bonn	12 O 84/69	§ 123 BGB (Betrag)
3. 3.1971	OLG Köln	BB 71, 1211	2 U 68/70	LG Bonn	11 O 69/69	GG
6. 4.1972	OLG Bremen	NJW 72, 1952	2 U 92/71	LG Bremen	14 O 199/71	GG
28.11.1973	BfH	WM 74, 553	I 101/72	Fing Düsseldorf	XI 172/70 E	Mind.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- BAUER, W.O., Die Rechtsfolgen fehlerhafter Beteiligung Minderjähriger oder Geschäftsunfähiger an der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. München 1969
- BAUMBACH-DUDEN, Handelsgesetzbuch, 21.Aufl., München 1974
- BECKMANN, G., Die fehlerhafte Personengesellschaft, Diss. Freiburg 1963
- BEITZKE, G., Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Schloß Bleckede a. d. Elbe 1948
- BENKE, H., Urteilsanmerkung in JZ 1952,307 f.
- BERNSTORFF, D., Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage im deutschen, italienischen und amerikanischen Recht, Diss. Hamburg 1968
- BETTI, E., Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse. In: Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956, S. 253 ff.
- BIDDERMANN, I., Der minderjährige Gesellschafter, Darmstadt 1965
- BODE, S., Der Irrtum über die Person des fortsetzungsberechtigten Gesellschafter-Erben bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Hamburg 1969
- BOESEBECK, E., Urteilsanmerkung in DR 1943,1223 f.
- BROX, H., Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
zit.: Brox
- , Die Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen, BB 1964,523 ff.
zit.: Brox BB 1964
- BUCHWALD, Personengesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag ?
GmbHRdsch 1954,145 ff.
- BUSS, R., Nichtigkeitsbeschränkung bei Dauerschuldverhältnissen, Diss. Kiel 1953
- CHRISTODOULOU, Ph., Vom Zeitelement im Schuldrecht, Diss. Hamburg 1968
- DÄUBLER, W., Das fehlerhafte Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft, BB 1966,1292 ff.
- DITTENEY, B., Die Anfechtung vollzogener Dauerrechtsverhältnisse, Diss. Heidelberg 1968

- ENNECCERUS-LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- ERMAN, W., Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947
zit.: Erman
- , Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 5. Aufl., Münster 1972
zit.: Erman § 705
- ESSER, J., Schuldrecht, Band II Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
zit.: Esser, Schuldrecht BT
- , Gedanken zur Dogmatik der "faktischen Schuldverhältnisse" AcP 157,86 ff.
zit.: Esser AcP 157
- FISCHER, R., Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Band, 1. Halbband, 3. Aufl., bearbeitet von Fischer und Ulmer, Berlin 1967
zit.: Fischer § 105 bzw. § 130
- , Die faktische Gesellschaft, NJW 1955,849 ff.
zit.: Fischer NJW 1955
- , Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, NJW 1958, 969 ff.
zit.: Fischer NJW 1958
- , Urteilsanmerkungen in LM Nr.5,10,13,19 zu § 105 HGB, Nr. 2 zu § 130 HGB und Nr.1 zu § 133 HGB
zit.: Fischer LM
- FLUME, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band : Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965
zit.: Flume, AT
- , Rechtsgeschäft und Privatautonomie. In: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 191 ff.
zit.: Flume, Fschr. zum Hundertjährigen Bestehen des Dt. Juristentages, Bd. I
- , Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 1972,177 ff.
zit.: Flume ZHR 1972

GANSSMÜLLER, H., Einzelfragen zum Recht der Gesellschaften auf mangelhafter Grundlage, DB 1955, 257 ff.

zit.: Ganssmüller DB 1955, 257 ff.

-, Die Vorgesellschaft auf mangelhafter Grundlage, DB 1955, 713 ff.

zit.: Ganssmüller DB 1955, 713 ff.

-, Die Nebenleistungsgesellschaft auf mangelhafter Grundlage, GmbHRdsch 1955, 172 ff.

zit.: Ganssmüller GmbHRdsch 1955...

-, Urteilsanmerkung in NJW 1955, 1067 f.

zit.: Ganssmüller NJW 1955...

-, Fehlerhafte Abänderungen von Gesellschaftsverträgen, NJW 1956, 698 f.

zit.: Ganssmüller NJW 1956...

GESSELER, Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl., erläutert von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt und Schröder, Berlin, Frankfurt/M. 1965

zit.: Geßler

GIERKE, J.V., Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin, New York 1958

GOLTZ, GRAF V.D., Auflösung einer "faktischen Gesellschaft" auch ohne Auflösungsklage, BB 1952, 68

GURSKY, K.-H., Das fehlerhafte Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft, Diss. Köln 1969

HABSCHEID, W.J., Faktische Innengesellschaft, BB 1955, 50 ff.

HAUPT, G., Über faktische Vertragsverhältnisse. In: Festschrift für Heinrich Siber, Band II, Leipzig 1943, S. 1 ff.

zit.: Haupt, Über fakt. Vertragsverhältnisse

-, Urteilsanmerkung in ZAKDR 1943, 238 f.

zit.: Haupt ZAKDR 1943

HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952

HOLTZCKE, Die Anwendungsfälle der "faktischen Gesellschaft", Diss. Heidelberg 1960

HUECK, A., Mängel des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft, AcP 149, 1 ff.

zit.: Hueck AcP 149

-, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin 1971

zit.: Hueck

- KALTER, Faktische Gesellschaften im Hinblick auch auf ihre Konkursfähigkeit, KTS 1958,97 ff.
- KESSLER, E., J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 4.Teil, 10./11. Aufl., Berlin 1967
zit.: Keßler
- KÖTTER, H.-W., Heymann-Kötter, Handelsgesetzbuch, 4.Aufl. (21. Gesamtauflage), Berlin, New York 1971
- KUHN, G., Das Problem der Gründungs- und Beitrittsmängel bei Personalgesellschaften, JR 1951,513 ff.
- LANDMANN-ROHMER, Gewerbeordnung - Kommentar, 12.Aufl., München 1969
- LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, II.Band Besonderer Teil, 10.Aufl., München 1972
zit.: Larenz, Schuldrecht BT
- , Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., Berlin 1975
zit.: Larenz, Methodenlehre
- LEHMANN, H., Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff.
- LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, 3.Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1970
- LESER, H.-G., Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg 1956
- LOBEDANZ, G., Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittsgeschäfte, Diss. Rostock 1938
- MÜLLER-ERZBACH, R., Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaft, AcP 154,299 ff.
- NIKISCH, A., Über "faktische Vertragsverhältnisse". In: Festschrift für Hans Dölle, Band I, Tübingen 1963, S.79 ff.
- NIPPERDEY, H.-C., Faktische Vertragsverhältnisse ? MDR 1957,129 ff.
- PAWLOWSKI, H.-M., Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966
zit.: Pawlowski
- , Urteilsanmerkung in JZ 1970,506 ff.
zit.: Pawlowski JZ 1970
- POMMERENING, D.J., Die Auseinandersetzung im Innenverhältnis bei den sogenannten faktischen Gesellschaften im deutschen und französischen Recht, Diss. Hamburg 1968
- RAISER, L., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit. In: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.

- RAISER, TH., Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969
- REICHSGERICHTSRÄTE - Kommentar zum Handelsgesetzbuch, siehe unter
WEIPERT (2.Aufl.) und FISCHER (3.Aufl.)
- REINHARDT, R., Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
zit.: Reinhardt
- , Urteilsanmerkung in JZ 1956, 251 ff.
zit.: Reinhardt JZ 1956
- RICHERT, Konkursfähigkeit der faktischen Gesellschaft, MDR 1960,
976 ff.
zit.: Richert MDR 1960
- , Beginn der faktischen Gesellschaft und ihre Beendigungsformen,
MDR 1962, 352 ff.
zit.: Richert MDR 1962
- RODIG, J., Bereicherung ohne Rechtfertigung durch Gesellschafts-
vertrag, Berlin 1972
- RONKE, M., Der fehlerhafte Beitritt zu einer Gesellschaft und die
fehlerhafte Gesellschaft nach der Rechtsprechung des Reichs-
gerichts. In: Festschrift für Franz Laufke, Würzburg 1971,
S. 217 ff.
zit.: Ronke, Festschr.f.Laufke
- , Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlerhaften
Gesellschaft. In: Festschrift für Heinz Paulick, Köln-Marien-
burg 1973, S. 55 ff.
zit.: Ronke, Festschr.f.Paulick
- RULAND, K., Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handels-
gesellschaft, Diss. München 1941
- SANDROCK, O., Zur Übernahme eines Unternehmens nach § 142 HGB,
JR 1969, 323 ff.
- SASSE, D., Ungelöste Fragen des fehlerhaften Vertrags einer Per-
sonengesellschaft des Handelsrechts, Diss. Köln 1969
- SCHIEGEIßBERGER, Handelsgesetzbuch, siehe unter GESSLER
- SCHMIDT-RIMPLER, W., Rezension von : Schumann, Handelsrecht,
Wiesbaden 1954, in AcP 155, 158 ff.
- SCHULTZE=v.LASAULX, Soergel-Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Band 3, 10.Aufl., Stuttgart 1969
zit.: Schultze=v.Lasaulx
- SCHUMANN, H., Faktische Personalgesellschaft und Feststellungs-
klage, DR 1943, 265 ff.
zit.: Schumann DR 1943, 265 ff.
- , Gesellschaften (Die Handels-Hochschule.4,9), Wien,Berlin o.J.
zit.: Schumann, Gesellschaften

- SCHUMANN, H., Die Lebensverhältnisse der faktischen Personalgesellschaft, DR 1943, 1193 ff.
zit.: Schumann DR 1943, 1193
- SIEBERT, W., BGB=System und völkische Ordnung, DRW 1936, 204 ff.
zit.: Siebert DRW 1936
- , Die "faktische" Gesellschaft. In: Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Jena 1938, S.266 ff.
zit.: Siebert, Festschr.f.Hedemann
- , Urteilsanmerkung in MDR 1952, 287 ff.
zit.: Siebert MDR 1952
- , Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958
zit.: Siebert, Fakt.Vertragsverhältnisse
- , Die faktische Innengesellschaft, BB 1958, 1065 ff.
zit.: Siebert BB 1958
- SIMITIS, S., Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt/M. 1957
- SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, siehe unter SCHULTZE=V.LASAULX
- V.STAUDINGER-BERG, J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band, 1.Teil, 11.Aufl., Berlin 1956
- STEINES, W., Die faktisch aufgelöste offene Handelsgesellschaft (Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Band 12) Diss. Marburg 1964
- STIMPEL, W., Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Gesellschaftsrecht, ZGR 1973, 73 ff.
- WAGNER, H., Gesellschaftsrecht, Göttingen 1970
- WEIPERT, O., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Band, 2.Aufl., bearbeitet von Weipert, Berlin 1950
zit.: Weipert
- WESTERMANN, SCHERPF, PAULICK, BULLA und HACKBEIL, Handbuch der Personengesellschaften, Köln-Marienburg 1967
zit.: Westermann
- WOLFF, Die faktische Gesellschaft, MDR 1952, 535 ff.

L e b e n s l a u f

Am 20. Oktober 1943 wurde ich als Sohn des Schlossers Adolf Plutta und seiner Ehefrau Margarete geb. Hahn in Schweidnitz geboren.

Von 1950 bis 1960 besuchte ich in Dortmund die Volksschule und die Realschule sowie - nach erfolgreichem Abschluß einer Versicherungslehre - das Städtische Institut zur Erlangung der Hochschulreife, wo ich im April 1965 die Reifeprüfung ablegte.

Ich studierte sodann von 1965 an in Berlin, Frankfurt/M. und Marburg. Dort bestand ich am 31. Juli 1971 meine erste juristische Staatsprüfung und war im Jahre 1972 als wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. Kötter tätig.

Meine Referendarausbildung in Hessen schloß ich am 30. Januar 1975 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung ab.

